

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

MAGHIA Quentin

le 28 novembre 2018

**Le nouvel équilibre du bail commercial,
depuis les dernières réformes (2014 - 2018)**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

Directeur de thèse : Mme Francine MACORIG-VENIER

JURY

Rapporteurs M. Bastien BRIGON, Aix-Marseille Université - Faculté de droit et de science politique
Mme Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, Faculté de droit et science politique de Montpellier

Suffragants M. Gérard JAZOTTES, Université Toulouse 1 Capitole
Mme Francine MACORIG-VENIER, Université Toulouse 1 Capitole

**« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »**

A Maxime, à sa famille et à ses amis.

REMERCIEMENTS

Je remercie pour son aide au cours de ce travail :

- **Mme F. MACORIG-VENIER**, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, qui a dirigé cette thèse avec énormément de bienveillance. Sa confiance, ses conseils, son travail, ainsi que le temps qu'elle a pu m'accorder, m'ont été très précieux. Je la remercie, également, car elle a toujours accepté de me laisser « évoluer » en dehors de l'Université, ce qui était très important au vu de mes sensibilités pratiques et de mes projets futurs.

Remerciements sincères :

- **A mes parents**. A **ma mère** pour son soutien indéfectible. A **mon père** sans qui je n'aurais pu suivre de si belles études dans de si bonnes conditions. J'ai compris, récemment, que je leur ressemblais beaucoup plus que je ne le pensais. J'en suis très fier et leur serai éternellement reconnaissant pour tout ce qu'ils m'ont transmis, tout ce qu'ils m'ont donné. Je mesure pleinement la chance que j'ai eue. Je suis un privilégié de la vie. S'il y eut des moments « délicats » et des phrases lancées maladroitement, je les retire. Il n'y en a qu'une seule qui soit vraie : je les aime.
- **A Maître D. LACROIX** qui me donna l'envie de faire du droit des affaires, et des entreprises. Il est un modèle d'esprit, d'intelligence d'humour et de gentillesse. Pour le mail envoyé à mon père, que j'interceptai indiscrètement, dans lequel il annonçait à mon père que « *le droit m'avait happé tout entier* ». C'est également lui qui me confia, le premier, la responsabilité d'un petit dossier se rapportant aux baux commerciaux ...
- **A Mme C. MASCALA**, Présidente de l'Université Toulouse 1 Capitole. C'est grâce à elle que je pus intégrer le Master 2 Droit fondamental des affaires, avec lequel tout commença pour moi en droit des affaires.
- **A Maître MARCO-BOSCARY**, que j'ai eu la chance de rencontrer, en fin d'été 2017, suite à mon annonce postée sur le site du Barreau de Toulouse, à laquelle elle répondit positivement d'une manière qui lui ressemble : très humaine. Cela me permit d'entrevoir les aspects les plus captivants du métier d'avocat d'affaires, tout en gardant toute la liberté nécessaire à la rédaction de cette thèse : un luxe et (*hoping so*) un joli début de collaboration.
- **A ma famille**, au sens large du terme. **Mes sœurs, Caroline et Céline**, leurs compagnons respectifs, leurs enfants, avec qui j'aimerais partager beaucoup plus de bons moments dans les années à venir. A la **famille DONNELIER**, pour les moments

les plus heureux de mon enfance, et plus encore. A la famille **OLFF-LEVA**. A la famille **CARRIER-FLORES**, et donc à mon alter ego **Adrien**.

- **A tous mes amis corréziens**, particulièrement **Mounir** et **Théodore, Pauline** et **Julien (Gabo)**. Je m'excuse auprès d'eux : à un moment de ma vie, je me suis fait un peu plus rare. Ce n'était, certes, pas (directement) de ma faute, mais ce n'est absolument pas une excuse recevable. J'ai traversé une longue épreuve et, sans eux, je dois dire que n'aurais probablement pas su trouver l'enthousiasme nécessaire à « rebondir ». Je serai, à l'avenir, toujours là pour eux.
- A mes amis de la TBS, **Florent** et **Guillaume**, pour les restaurants et les histoires drôles, qui font du bien.
- A à **cette Université** qui compte beaucoup pour moi. Je m'y suis trouvé, pas uniquement juridiquement, mais sur le plan humain également. Aux professeurs prestigieux dont j'ai eu la chance de suivre les cours. Aux rencontres que j'ai pu y faire. A **N. HOSPITAL** et **J. LOZE**, deux camarades de travail et de vie, deux amis importants.

Et comme dernier clin d'œil :

- Au professeur « principal » de la Terminale S, Spé Maths, du lycée d'Arsonval qui, après avoir émis un avis défavorable sur mon choix de rejoindre l'Université Toulouse 1 Capitole, expliqua, en parlant de moi à ma mère, que « *au vu de ses piètres capacités, l'université serait quelque chose de beaucoup trop problématique pour lui* ». Je suis d'un naturel têtu et non rancunier, fort heureusement ...

PRINCIPALES ABREVIATIONS DE TEXTES JURIDIQUES

Décret de 1953 : *Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal*

Loi LME, ou Loi de modernisation de l'économie : *LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*

Loi Pinel, ou Loi du 18 juin 2014, voire Loi de 2014 : *LOI n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises*

Décret de 2014, ou Décret d'application de la loi Pinel, voire Décret Pinel : *Décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif au bail commercial*

Loi Macron : *LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*

Réforme du droit des contrats, ou Réforme du droit des obligations, voire Ordonnance de 2016 ou Réforme de 2016 : *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*

Loi de ratification de 2018, ou Ratification de la réforme du droit des contrats (ou des obligations), ou Ratification de l'Ordonnance de 2016, voire loi du 20 avril 2018 : *LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*

LISTE DES ABREVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

ADR	Archives départementales du Rhône
AJC	Actualité juridique : Droit des contrats
AJCA	Actualité juridique : Contrat d'affaires
AJDI	L'actualité juridique : Droit immobilier
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
AP	Assemblée plénière
Argus	L'Argus des enseignes
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BRDA	Bulletin rapide d'affaires droit des affaires
Bull. ch. not.	Bulletin de Cheveux notaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cah. du CC	Cahier du Conseil Constitutionnel
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Confer, reportez-vous à
CGI	Code général des impôts
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Com. Com. Elctro.	Communication commerce électronique
<i>Contra</i>	Solution contraire
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, et consommation
C. organ. Jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. Proc. civ.	Code de procédure civile
CREDA	Centre de recherche sur le droit des affaires
D.	Recueil Dalloz
Déc. Mag.	Décideurs Magazine

Defrénois	Répertoire notarial Defrénois
Doc. Fr.	Documentation française
DP	Dalloz (Périodique)
Dr. et Patri.	Droit et patrimoine
éd.	Edition
ED	Editions Dalloz
Ed. FR Lefebvre	Edition Francis Lefebvre
EL. GI.	Editions Législatives, Gestion immobilière Location
Ess. DC	L'essentiel Droit des contrats
Ess. DIU	Essentiel droit de l'immobilier et de l'urbanisme
GP	Gazette du Palais
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux
Ibidem	Au même endroit
In	Dans
Infra	Ci-dessous
JCP E.	Semaine juridique édition Entreprise et affaires
JCP G.	Semaine juridique édition Générale
JCP N.	Semaine juridique édition Notariale et immobilière
J. CI	Jurisclasseur encyclopédie
Juris-data	Banque de données juridique
Lamy Droit commercial	Lamy (ouvrage à refonte annuelle et feuillets mobiles)
L. dist. conc.	L'essentiel distribution et concurrence
L. Dr. des cont.	L'essentiel droit des contrats
Lexb. Hebdo A	Lexbase hebdo éditions affaires
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
LPA	Les petites affiches
LPJ	Le petit juriste
LSDD	La semaine du droit
MAJ	mis à jour
PUAM	Presses Universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
R. Adm.	Revue Administer
RDA	Revue de droit d'Assas
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDL	Revue des loyers
RDN	Revue droit notarial
Rep. civ. D.	Dalloz (Encyclopédie)

Rev. Droit et Patrimoine	Revue du droit et du patrimoine
RFFP	Revue française de finance publique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJC	Revue jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLDCO	Revue Lamy droit de la concurrence
RPC	Revue des Proc. Coll.
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
SE	Sciences économiques
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TM	Thémis Montréal
UNJF	Universitaire numérique juridique francophone
Vie jurid.	Vie juridique
WK	Wolters Kluwer Actualité du droit

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE 1 – LES FONDEMENTS LEGAUX DE L'EQUILIBRE DU BAIL COMMERCIAL	45
Titre 1 - L'équilibre du bail commercial par l'encadrement de la liberté contractuelle	49
Chapitre 1 - L'importance de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux	52
Chapitre 2 - La mise à l'écart de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux.....	91
Titre 2 - L'équilibre du bail commercial par la prise en compte du profil des parties	169
Chapitre 1 - La traditionnelle protection de « la partie faible » dans les baux commerciaux	172
Chapitre 2 - La nouvelle protection de « l'adhérent », notion compatible avec les baux commerciaux	241
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	276
PARTIE 2 – LA MISE EN ŒUVRE CONVENTIONNELLE DE L'EQUILIBRE DU BAIL COMMERCIAL	285
Titre 1 – L'encadrement initial de l'équilibre : l'équilibre originaire du bail commercial..	288
Chapitre 1 - L'encadrement de l'équilibre dans le contenu du bail commercial	290
Chapitre 2 - L'encadrement de l'équilibre par la cohérence du bail commercial.....	354
Titre 2 – La souplesse conventionnelle : le maintien de l'équilibre du bail commercial ...	385
Chapitre 1 - La souplesse par la collaboration des parties : bail commercial et solidarisme contractuel	388
Chapitre 2 - La souplesse par l'évolution du bail commercial	452
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	521
CONCLUSION FINALE	525
BIBLIOGRAPHIE	533
INDEX ALPHABETIQUE	564
TABLE DES MATIERES	568

INTRODUCTION GENERALE

« Il est aussi noble de tendre à l'équilibre qu'à la perfection, car c'est une perfection que de garder l'équilibre »¹.

Jean GRENIER, *Nouveau lexique*.

1. S'il est une perfection, un équilibre, qui n'est pas toujours aisé à trouver, c'est celui de la loi. « *Equilibre de la loi de finances* », « *loi d'équilibre de la sécurité sociale* », « *équilibre économique* », « *équilibre des relations* » : l'objectif d'équilibre n'a jamais été aussi présent dans les dernières réformes intervenues dans notre pays. Cela n'a rien d'anormal dans la mesure où les principes d'équilibre, « *ou balance des forces* », et d'équité, constituent « *la réalisation suprême de la justice, allant au-delà de ce que prescrit la loi* »². La finalité première du droit serait, ainsi, par une « *législation équitable* », de veiller « *à promouvoir, sauvegarder ou restituer l'harmonie, l'équilibre, la juste mesure et l'ordre, et dans le monde, et parmi les hommes* »³. On retrouverait cette recherche d'équilibre aussi bien « *dans la concorde qui règne entre un homme et son épouse* » que « *dans la diligence qui attache le serviteur à son maître* ».

Selon les auteurs, « *le droit, le juste et l'équitable font partie des plus grandes idées, et des plus beaux espoirs, qu'ont nourris les hommes à travers les siècles* »⁴, et la seule loi fondamentale pouvant régir l'univers serait celle d'équilibre : « *sans équilibre il ne saurait exister ni vie, ni progrès, ni harmonie* »⁵. C'est pour cela, sans doute, que le législateur s'efforce de « *créer le droit qui est une formule d'équilibre social* »⁶. Mais ce dernier n'a pas toujours la tâche facile, puisque la recherche d'un équilibre nécessite la prise en compte d'intérêts bien différents. C'est la raison pour laquelle l'équilibre constitue parfois un enjeu politique, dans certains domaines où le législateur doit trouver la bonne équation pour répondre à la pression de groupes lobbyistes, voire syndicaux, face par exemple à des associations ou à des regroupements de professionnels et autres acteurs économiques.

Un équilibre des forces en présence doit alors être obtenu. Le Gouvernement Hollande dut notamment s'atteler à la tâche, dans la matière sociale, au moment de réformer en partie notre

¹ Grenier J. « *Nouveau lexique* », Fata Morgana, 1969, 54 pages

² Guillien R., Vincent J., « *Lexique des termes juridiques* », 17e édition 2010, Dalloz

³ Safty E., « *La pluralité équilibrée ou la convergence des conceptions pythagoriciennes en matière de justice* », cahiers philosophiques n°129, décembre 2009

⁴ Goyard S., Jacques F., « *Le droit, le juste, l'équitable* », Salvator, 07/2014, 314 p.

⁵ Rougier A., « *Essais Philosophiques et Esoteriques* », Les Trois R, Broché, 1 janvier 2017

⁶ Ibidem

droit du travail. On pouvait par exemple lire, au cours de débats parlementaires : « *Bruno Le Roux⁷, a estimé jeudi que le projet de loi travail avait atteint l'équilibre parfait avec les amendements gouvernementaux dévoilés mercredi* »⁸. L'omniprésence et la diffusion de l'équilibre « *ne doit pas être négligée* », celle-ci traduisant « *le succès de l'expression dans l'histoire de la pensée économique* »⁹.

2. Le bail commercial. – La matière locative, et le droit des baux commerciaux qui nous intéresse tout particulièrement, eut depuis toujours à répondre à cet impératif d'équilibre.

Le bail commercial, évidemment, correspond tout d'abord en ce qui concerne le « bail » à « *un contrat de location, un contrat de louage* ». Le contrat de louage est défini par le code civil, à l'article 1709, comme étant un contrat duquel découlent deux obligations : celle de payer un certain prix¹⁰ (les loyers), pendant une certaine durée, et celle (pour le bailleur) de faire jouir le preneur de la chose (la chose louée).

Ce qui est « commercial » s'entend par « *ce qui est relatif au commerce* », « *ce qui est conçu à des fins essentiellement lucratives* ». Ainsi, la Direction de l'information légale et administrative¹¹, et le ministère en charge de la justice, définissent le bail commercial comme « *un contrat de location de locaux utilisés pour l'exploitation d'un fonds commercial, industriel ou artisanal, quelle que soit la nationalité du locataire. Ce statut est protecteur pour le locataire* »¹². Il s'agit donc d'un « statut », qui plus est, davantage « protecteur » que n'importe quel autre contrat de location : il s'agit du statut des baux commerciaux qui a été institué par le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953. Quant à la protection qu'il assure, le point de vue est donc celui du preneur commerçant. En vertu du code de commerce, et de son article L.145-1, quatre conditions cumulatives sont nécessaires pour bénéficier de ce statut protecteur : l'existence d'un bail, l'existence d'un local, la nécessité pour le preneur d'être propriétaire d'un fonds de commerce en exploitation ou d'exercer effectivement une profession artisanale, et la

⁷ A ce moment, chef du groupe de la majorité à l'Assemblée nationale

⁸ <http://www.lcp.fr/afp/le-roux-le-texte-atteint-lequilibre-parfait>

⁹ Pariente A., « L'équilibre budgétaire : un principe juridique insaisissable ? RFFP n°112, p.163, novembre 2010

¹⁰ CA Lyon, 8e ch. 6 septembre 2005 : Larmaraud c/ SCI 10 rue Roger Salingro, Juris-Data n° 2005-283299

¹¹ La Direction de l'information légale et administrative, selon l'administration centrale des services du 1^{er} ministre, est « *une direction d'administration centrale des services du Premier ministre, placée sous l'autorité du secrétaire général du Gouvernement, exerce les missions de diffusion légale, d'information administrative et d'édition publique* ». Elle assure, entres autres, « *la diffusion du site officiel de l'administration française www.service-public.fr* ». cf <https://www.dila.premier-ministre.gouv.fr/>

¹² <http://vosdroits.service-public.fr>

nécessité d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ou au répertoire des métiers¹³.

La protection offerte au locataire par le statut des baux commerciaux « *revêt bien évidemment une importance considérable pour le commerçant* », celle-ci lui offrant « *les moyens, si ce n'est de la pérennité, du moins de la stabilité de son fonds de commerce (...) et une véritable protection de ses droits sur le local* »¹⁴.

Rappelons qu'en France « *90% des commerçants sont locataires* »¹⁵.

Jusqu'en 1926, il fallait se référer aux dispositions du code civil, celles du louage des choses, pour connaître le droit applicable à la location d'un immeuble à usage commercial. Au XIX^e siècle, déjà, on reconnaît le déséquilibre, assez apparent, créé par « *l'abus de puissance du bailleur* »¹⁶ sur le locataire commercial. Une sorte de comportement abusif, qui lorsque le législateur intervint en 1909¹⁷, en créant le fonds de commerce « *par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement de fonds de commerce, ainsi que la stabilité nécessaire à l'exploitation d'un fonds de commerce* », fit « *apparaître la nécessité de protéger le preneur à bail commercial à l'expiration du contrat* »¹⁸.

Le fonds de commerce est, alors, reconnu comme valeur économique, et patrimoniale, par le législateur. Cela avait déjà été le cas une première fois, le 1^{er} mars 1898¹⁹, lorsque celui-ci avait reconnu la possibilité de le vendre. Cependant, les auteurs constatent, aussi bien « *dans la loi du 1^{er} mars 1898, d'abord, qu'ensuite dans celle du 17 mars 1909, la réticence du législateur à définir le fonds de commerce* »²⁰. La doctrine de l'époque le définit comme « *un ensemble d'éléments* », mais était rejetée « *non seulement l'idée d'une universalité de droit mais aussi de fait* »²¹. Monsieur le Floch²² relève, pour sa part, une définition jurisprudentielle par laquelle on comprend que le fonds de commerce est, à l'époque, reconnu comme composé essentiellement de la clientèle, et des accessoires propres au commerce.

¹³ Cette immatriculation étant la condition d'application du droit au renouvellement du preneur, non pas celle d'application du statut.

¹⁴ Sainturat M.-L., « La prédominance d'un élément : la protection statutaire du local », AJDI 2001, p.1049

¹⁵ Ruet L. « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

¹⁶ Derrupé J., « Bail commercial, accord sur les modalités ou le montant du loyer à payer en cas de renouvellement du bail », RTD Com. 2005 p. 256

¹⁷ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce

¹⁸ Dumont-Lefrand M.P., in « Baux commerciaux », Encyclopédie Dalloz : Rép. com.

¹⁹ Loi du 1^{er} mars 1898 sur le fonds de commerce

²⁰ Chartier Y., « Note bibliographique », RIDC 1987, p. 293-295

²¹ Ibidem

²² Le Floch P., « Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles », Paris, LGDJ, 1986, 322 pages.

Notons, à titre indicatif, qu'il est reconnu, aujourd'hui, que le fonds de commerce, qu'il est impératif de ne pas confondre avec le bail commercial, ou avec le droit au bail²³, correspond à « *l'ensemble des éléments mobiliers corporels (matériel, outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom commercial, enseigne, droit de propriété industrielle, etc.) qu'un commerçant rassemble et organise en vue de la recherche et de l'exploitation d'une clientèle, et qui constitue une entité juridique distincte des éléments qui la composent* »²⁴.

Toutefois, plusieurs façons de déterminer le contenu de ce fonds sont, encore à notre époque, distinguées en doctrine. Pour Derrupé, « *la première, celle adoptée par le législateur, consiste à déterminer les éléments susceptibles d'entrer dans la composition d'un fonds de commerce (...) et permet de fixer les limites de la notion, ou du moins celle de sa composition. La seconde, plus ambitieuse, a pour but de rechercher les éléments nécessaires à l'existence d'un fonds de commerce* »²⁵. C'est cette seconde approche qui fait dire à certains auteurs qu'il est tout bonnement impossible de dresser une liste limitative des éléments entrant dans la composition du fonds de commerce²⁶.

Pour Monsieur Reygrobellet²⁷, « *fort opportunément, le législateur s'est gardé de donner une définition légale de la notion de fonds de commerce, laissant ainsi à la jurisprudence le soin de préciser un concept singulièrement original* », et il s'agit, en définitive, de considérer « *que la composition d'un fonds de commerce sera éminemment variable en fonction du secteur d'activité concernée, mais aussi de la dimension de l'entreprise* ». Certains éléments seront simplement considérés comme essentiels²⁸ puisque conditionnant, plus que d'autres, l'accroissement de la clientèle.

Pour en revenir à 1909, que ce soit pour la vente ou pour le nantissement, en l'absence de tout autre droit que celui de la clientèle, on perçoit facilement, qu'à cette époque transitoire, seul le cas de figure où le commerçant est propriétaire de son local est ainsi envisagé et, « *jusqu'en 1914, le bail commercial relevait du droit commun pour son régime, soit du code civil qui se caractérise par la précarité de la situation du preneur et l'absence de droit au renouvellement*

²³ Derrupé J., in « Fonds de commerce », Encyclopédie Dalloz : Rép. com.

²⁴ Fiche d'orientation Dalloz, Fonds de commerce - Septembre 2016

²⁵ Derrupé J., ibidem

²⁶ Jauffret A., « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in Études offertes à G. Ripert, PU. Aix-Marseille, 1974, p. 231

²⁷ Reygrobellet A. in Collectif d'auteurs, « Droit et pratique des baux commerciaux 2017/2018 », 4e édition, E.D.

²⁸ Derrupé J., « Fonds de commerce. Composition, Droit au bail, Élément nécessaire », RTD com., 15 septembre 1993, 488

du bail »²⁹. C'est ce qui conduit Monsieur Ruet à considérer que, jusqu'en 1926, année de la future grande réforme en matière de bail commercial, il était, de toute manière, « *préférable d'être propriétaire des murs que locataire* ». Ce n'est que plus tard, après notamment le développement du nouveau concept de « *finalité sociale des droits* »³⁰, que l'apparition du « droit au bail » prendra une place importante, dans la composition de la plupart des fonds de commerce, et deviendra, ainsi, un levier de protection du locataire pour le législateur qui en fera une valeur patrimoniale distincte de la clientèle³¹.

3. Tournant majeur : un droit au renouvellement du bail commercial. – Conséquences plutôt négatives après l'intervention législative de 1909, le prix du fonds de commerce décolle et, le jeu de l'offre et la demande se faisant déjà ressentir, les bailleurs expulsaient les locataires en place « *sans bourse délier* »³², ne résistant pas à l'appel des grandes entreprises proposant de reprendre les locaux « *à des prix défiant toute concurrence* »³³ et désireuses de s'approprier la clientèle développée par les anciens exploitants. On constate, dès lors, la chose suivante : le bailleur peut expulser son locataire, ce dernier ne jouissant aucunement d'un droit à rester dans les lieux pour y maintenir son activité, conserver sa clientèle, et ainsi s'approprier le commerce développé par ce dernier, tout en augmentant le loyer commercial.

L'année 1911 marque un tournant puisque, pour la première fois, un député dépose une proposition de loi ayant vocation à protéger le locataire commercial « *contre la perte de sa clientèle en cas de reprise des locaux par le bailleur* »³⁴. Le projet est ambitieux, mais interrompu par la guerre de 1914. Toutefois, l'idée a fait son chemin puisqu'elle ressurgit en 1926. La loi du 30 juin 1926 « *réglant les rapports entre locataires et bailleurs, en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel* »³⁵ entre ainsi en vigueur. Celle-ci, selon Derrupé³⁶, intervient « *dans une ambiance qui n'est pas sans rappeler la lutte des classes* » puisque l'on vit « *s'affronter au Parlement les avocats des locataires commerçants et les défenseurs de la propriété immobilière* ». Aussi, l'adoption « *ne fut pas loin d'être ressentie par certains comme une conquête des besogneux du commerce sur les nantis de la propriété* ».

²⁹ Ruet L., « Les baux commerciaux », 4e édition, 2017, Defrenois

³⁰ Chazal J.-P., « Relire Josserand », oui mais... sans le trahir ! », D. 2003. 1777

³¹ Chauveau P., « Les métamorphoses de la propriété commerciale », Mélanges Brèthe de la Gressaye, 1967. 109

³² Anzema, Mutelet, Prigent « Les baux commerciaux », RDL octobre 2010, Lamy, p. 1

³³ Mbotangar A., « Statut des baux commerciaux et concurrence », Litec, décembre 2007

³⁴ Il s'agit du député THALAMAS. Cf Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, présenté par le groupe de travail constitué sous la présidence de Philippe Pelletier, avril 2004, P.16

³⁵ Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal - Article 47

³⁶ Derrupé J., « Baux commerciaux. Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993 p.161

Désormais, le locataire ne peut plus se voir refuser le renouvellement de son contrat de bail commercial, sans obtenir un dédommagement : ce que l'on appelle « l'indemnité d'éviction ». Le droit du locataire de rester dans les locaux est ainsi reconnu et, déjà à cette époque, l'ensemble de la réglementation est d'ordre public. L'ordre public dans le statut des baux commerciaux revêt un intérêt théorique et pratique très important, nous le verrons par la suite³⁷.

Ce premier dispositif ne cessera d'être refondu au fil du temps, et toujours avec cette idée qu'il existe un rapport de force favorable au bailleur, que le preneur est la partie faible dans le rapport³⁸, et que cela justifie de mettre en place la protection de ce dernier. Il n'est, dès lors, plus suffisant de protéger le fonds de commerce, c'est la protection de la location commerciale qui doit être envisagée.

4. Le décret historique du 30 septembre 1953. – C'est pour atteindre cet objectif que le législateur intervient à nouveau, et qu'est adopté le Décret-loi du 30 septembre 1953. Ainsi, le statut des baux commerciaux institue, enfin, « *au profit du titulaire d'un bail commercial un droit de principe au renouvellement* », le décret visant « *à assurer aux commerçants la stabilité matérielle nécessaire à la pérennité du fonds qu'ils exploitent* »³⁹.

Pour la première fois, durée minimale de neuf ans et principe de révision triennale, font leur apparition dans la législation française. Le statut ne bougera jamais réellement pendant des décennies, et les nombreux changements, et ajustements législatifs, seront toujours pris, ou adoptés, dans un sens favorable au locataire.

C'est véritablement la situation dans laquelle se trouve le marché immobilier français, à savoir une réelle pénurie suite aux deux guerres, qui finit de convaincre le législateur qu'une nouvelle réforme était nécessaire. Une protection accrue du locataire commerçant était d'autant plus justifiée, eu égard au profil du locataire de 1953. En effet, pour la majorité, les locataires de l'époque étaient des petits commerçants indépendants, enfermés dans des activités non diversifiées, et non aptes à faire face à la concurrence naissante des premières grandes entreprises. Si le petit artisan prospérait, c'était toujours en grande partie grâce à sa clientèle, fidèle, et à sa position géographiquement avantageuse en centre-ville.

³⁷ cf infra n°13

³⁸ Aubert J. « La fixation des loyers commerciaux : la pratique judiciaire dans les ressorts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et du Tribunal de Grande Instance de Marseille », Thèse de l'Université d'Aix-en-Provence, 1976, p. 13.

³⁹ Sol. Minist. JO déb. A.N 15 août 1994, p. 417, RL. 1994 p. 476.

De plus, d'un point de vue purement sociologique, on peut considérer, qu'à cette époque, peu de commerçants ou de petits boutiquiers de centre-ville, bénéficiaient de l'éducation, de l'instruction, de la formation nécessaire à la connaissance de ses droits. C'est d'ailleurs ce que ne se garde pas de rappeler le Décret de 1953 dans l'exposé de ses motifs : selon celui-ci, la situation locative « *ne profitait qu'à des individus peu scrupuleux auxquels elle permettait des manœuvres d'intimidation ou des tentatives d'extorsion de fonds* ». Les parties étaient donc « *dans l'ignorance de leurs droits respectifs* ».

A l'inverse, le bailleur étant propriétaire, et toujours d'un point de vue sociologique, dans l'esprit commun, qui dit accès à la propriété dit obligatoirement richesse, instruction et connaissance de la réglementation, ou encore force économique de négociation. La notion de « déséquilibre » est, en conséquence, omniprésente dans les esprits.

La suite est connue, l'époque moderne arrive, notre économie et notre commerce entament une mutation profonde. Tout commence justement dans le début des années 50. Comme l'explique Monsieur Panafieu⁴⁰, avec « *l'expansion démographique, les villes anciennes vont éclater et un certain nombre de villes nouvelles vont voir ainsi le jour* ». C'est ainsi que, « *coincés dans un centre-ville au caractère souvent historique, les commerçants vont se déplacer au plus près de la nouvelle clientèle* », et « *les premiers centres commerciaux vont naître pour équiper les zones à urbaniser par priorité* ».

Le commerce change mais la législation n'évolue plus, notamment lorsqu'arrivent les années 70, période durant laquelle les premiers centres commerciaux se multiplient autour des premiers hypermarchés. Par la suite, on assiste à la création de moyennes surfaces autour des centres commerciaux. Et, enfin, la valeur de marché des terrains à construire, ou des locaux commerciaux à louer, explosant, les commerçants les plus démunis, ou les moins aptes à supporter la concurrence imposée par ces nouveaux acteurs économiques, se recroquevillent à nouveau vers les centres-villes. On assiste donc à un nouveau phénomène, à savoir l'émergence d'une disparité de situations dans le commerce.

5. L'irrésistible esprit du statut des baux commerciaux français. – Pourtant, le statut n'en prit jamais acte, et continua de prospérer avec son esprit historique, déjà évoqué précédemment : le locataire est forcément faible, le bailleur forcément puissant. C'est là tout

⁴⁰ Panafieu L. « Le mythe de la propriété de la clientèle dans les centres commerciaux », AJDI 2001, p.1062

l'esprit du statut des baux commerciaux qui est à ce titre, comme aime le qualifier le Professeur Rozès, « *l'exception locative française* »⁴¹. Pourquoi aller jusqu'à parler d'une « exception » ? Parce qu'encore aujourd'hui, la France ne partage absolument pas la même philosophie, et la même manière d'encadrer la relation, unissant bailleur et preneur, que ses voisins européens.

Bien que le régime du louage français laisse une grande place à la liberté contractuelle, le statut des baux commerciaux, impératif, encadre strictement cette relation et va toujours dans un sens favorable au preneur. A la différence, par exemple, du législateur allemand qui, en assumant clairement le parti de la liberté contractuelle totale, a accepté sa situation : « *les locataires commerçants vont rechercher plutôt leur protection dans l'acquisition de la propriété des murs que dans des règles juridiques* »⁴².

Les différences avec nos voisins européens se trouvent tout particulièrement dans les règles relatives à la durée du bail commercial. Depuis toujours le législateur français en fait sa priorité pour assurer l'équilibre de la relation contractuelle, en offrant au locataire une protection particulière, à savoir la combinaison d'un droit à rester une certaine période dans son local, et d'un droit au renouvellement de son contrat de bail commercial. Contrairement à la France, d'autres pays optent pour la liberté totale des parties d'aménager, contractuellement, la durée du contrat comme bon leur semble. C'est, notamment, le cas de l'Irlande, du Luxembourg, de la Suède, de la Grande-Bretagne et de l'Espagne⁴³.

Si la Belgique, la Grande-Bretagne et l'Irlande reconnaissent, tout comme la France, un droit au renouvellement au preneur, ce n'est en revanche pas de manière aussi « illimitée ». L'Autriche, la Finlande et la Suède n'en reconnaissent aucun. Tandis que l'Espagne et le Portugal adoptent une solution intermédiaire : il n'y a pas de renouvellement « de droit ». Toutefois, l'Espagne prévoit une tacite reconduction ainsi qu'une indemnité d'éviction, et le Portugal prévoit une sorte de droit au renouvellement supplétif : en effet, à défaut de stipulation contraire, le locataire portugais a droit au renouvellement de son bail commercial⁴⁴.

⁴¹ Rozès L., « L'exception locative française », AJDI 2000. 480

⁴² Ibidem

⁴³ Tableaux comparatifs présents dans : Chaoui H., M.-O. Vaissié, « Les baux commerciaux après la loi Pinel », 17 septembre 2015, Lexisnexis, p. 178

⁴⁴ Chaoui H., M.-O. Vaissié, ibidem

Dans cette mesure, selon certains auteurs de la doctrine⁴⁵, notre statut serait même incompatible avec les règles générales de circulation des marchandises, et de concurrence commerciale, issues du droit communautaire. Il y aurait, en effet, une trop grande inégalité de législation, une trop grande disparité de traitement, eu égard aux frais d'établissement beaucoup plus élevés en France que dans n'importe quel autre Etat européen.

Pour certains auteurs, cette situation pourrait mener, à moyen ou long terme, le législateur français dans une certaine impasse, dans la mesure où l'Europe parle depuis fort longtemps, et de manière de plus en plus forte, d'« *harmonisation des systèmes juridiques européens* »⁴⁶, alors que nos voisins européens ont « *déjà profondément remanié leur code en ce domaine* »⁴⁷, et dans la mesure où le Décret de 1953 « *affecte trop profondément la propriété commerciale* »⁴⁸. Le constat qu'il est impossible de ne pas faire, toujours à l'heure actuelle, est le suivant : aucun statut des baux commerciaux européen n'est aussi protecteur du locataire que ne l'est le statut des baux commerciaux français. « *Le statut des baux commerciaux ne pourrait survivre à l'harmonisation des systèmes juridiques européens, le décret de 1953 affecterait trop profondément le régime de la propriété immobilière pour pouvoir subsister* »⁴⁹. Monsieur Lafond relevait qu'en 1994, les instances européennes, telle que la Commission des communautés européennes⁵⁰, actait que « *la réglementation des baux commerciaux (devait être) considérée comme une matière purement nationale et ne fera pas l'objet d'une harmonisation au niveau de l'Union européenne* »⁵¹. A l'heure actuelle, il n'existe aucun projet concret de législation communautaire en matière de bail commercial. Comme le rappelle Monsieur Planckeel, il n'existe d'ailleurs, à ce jour, « *au niveau européen, aucune norme imposant l'harmonisation des législations en matière de baux commerciaux* »⁵².

« *Le statut proprement dit des baux commerciaux fit l'objet de textes modificatifs qui en ont profondément remanié la lettre et l'esprit* »⁵³. Monsieur Ruet rappelle, en effet, que le bail

⁴⁵ Belot P. « Propriété commerciale. Le droit de la consommation et droit européen de la concurrence », Rev. Adm. juillet 1999, p. 8 et s.

⁴⁶ Brière de l'isle G., « Législation sur les baux commerciaux dans les différents pays de la C.E.E. Domaine relevant de l'autonomie juridique des Etats », RDI 1991, 14 juin 1991, 269

Derrupé J., « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000, 12 juin 2000, 510

Derrupé J., « Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993, 10 mars 1993, 161

⁴⁷ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », RTD com. 2016. 427

⁴⁸ Jacotey C., « Valeur locative et droit au bail. Une évolution contraire à l'économie commerciale », AJDI 1990. 840

⁴⁹ Rozès L., *ibidem*

⁵⁰ Désormais, « Commission européenne », depuis l'adoption du traité de Lisbonne

⁵¹ Lafond J., *ibidem*

⁵² Planckeel, F., « Cours de droit commercial et des affaires 2017-2018 », 3e édition 2017-2018, Gualino

⁵³ Belot P. « Soixante-treize ans de propriété commerciale », GP n°4, janvier 2000, p. 58

commercial a pu connaître « *une instabilité législative importante, au gré des changements politiques et de jurisprudence, avec le rôle marqué du lobby des bailleurs* »⁵⁴. Outre la loi du 16 décembre 1999⁵⁵ qui habilita « *le Parlement, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, à procéder par ordonnance*⁵⁶ » à la codification, critiquée⁵⁷, du « *décret n° 53-90 du 30 septembre 1953 sous les articles L. 145-1 à L. 145-60 du code de commerce* »⁵⁸, nous pouvons citer, comme grande réforme ayant succédé au Décret-loi de 1953, la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, qui modifia « *les articles L. 145-33, L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce, concernant le plafonnement du loyer du bail renouvelé, et la révision triennale du loyer* »⁵⁹.

Celle-ci, « *votée sous le Gouvernement Jospin* », en désavouant « *en partie la position de la Cour de cassation* » et « *en imprimant une coloration matérielle à la règle de droit en faveur des bailleurs* »⁶⁰, sembla même marquer une certaine rupture avec l'idéologie protectrice du statut, historiquement favorable au locataire. On notait, illogiquement d'ailleurs, dans les quelques années qui suivirent la réforme de 2001, qu'une « *logique financière de valorisation était en train de s'imposer* », et que « *la valeur du patrimoine des bailleurs institutionnels (s'était) améliorée de plus de 10 % en 2002, tandis que l'inflation et la consommation restaient inférieures à 3 %* »⁶¹.

« *De nombreuses (autres) modifications législatives (furent également) opérées en 2006, 2008 et 2012* »⁶². La loi du 13 juillet 2006, dite « *loi ENL* »⁶³ autorisa « *les propriétaires de locaux d'habitation qui les ont donnés en location accessoire à des locaux commerciaux à les reprendre, sans indemnité, en vue de leur remise sur le marché locatif* »⁶⁴, ce qui constituait une nouveauté favorable au seul bailleur.

⁵⁴ Ruet L., *ibidem*

⁵⁵ Loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes, JORF n°296 du 22 décembre 1999 page 19040
texte n° 1

⁵⁶ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce

⁵⁷ Monéger J., « À propos de la codification du statut des baux commerciaux », *Loyers et copr.* nov. 2000, p.4
Brault P.-H., « La codification du statut des baux commerciaux », *GP* 25 et 26 oct. 2000, p. 4

Auque F., « La codification des baux commerciaux à droit presque constant », *JCP E* 2000, p. 1729

⁵⁸ Dumont-Lefrand M.P., in « Baux commerciaux », *Encyclopédie Dalloz : Rép. com.*

⁵⁹ Lafond J., « Statut des baux commerciaux, Présentation », *JCI*, Fasc. 10, 4 Avril 2016

⁶⁰ Ruet L., *ibidem*

⁶¹ Fédération pour l'urbanisme et le développement du commerce spécialisé, « Offensive contre la propriété commerciale », *GP* n°052, février 2004, p. 16

⁶² *ibidem*

⁶³ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

⁶⁴ Lafond J., *ibidem*

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite loi LME, qui pourtant « ne comportait initialement qu'une seule disposition relative aux baux commerciaux », permit aux sénateurs, par voie d'amendements, de retoucher le statut des baux commerciaux. « Globalement, les modifications apportées » furent jugées comme « bienvenues », et il fut relevé que « la psychologie des parlementaires » allait dans un sens favorable à la simplification des règles et à la modernisation de l'économie⁶⁵. Madame Dumont-Lefrand relève que « six des propositions » de réforme, apportées par le rapport « Pelletier » élaboré en 2004⁶⁶, « ont été reprises » dans la loi LME. Celles-ci devaient, notamment, permettre de moderniser les règles, sans pour autant remettre en cause les grands équilibres du statut⁶⁷.

6. Des retouches jugées insuffisantes. – Pour beaucoup d'auteurs, comme Monsieur Ruet, « certaines de ces réformes n'ont pas été assez préparées et comportent, soit des effets pervers (celle de 2008), soit des défauts appelant des réformes pour remédier à la réforme : la tare la pire pour une loi »⁶⁸. Ces simples retouches étaient jugées insuffisantes à faire évoluer « la vie des affaires » et l'on regretta longtemps « que le régime juridique des baux commerciaux n'ait pas, pendant longtemps, fait l'objet d'une réforme d'ampleur »⁶⁹, à l'instar de Monsieur Monéger et de « sa supplique pour une vraie simplification du statut des baux commerciaux »⁷⁰.

C'est en grande partie pour ces raisons que les réformes furent analysées, pour certains auteurs comme Monsieur Belot⁷¹, comme insuffisantes, et ne permettant pas d'aller dans le bon sens. Pour cet auteur, les raisons de l'incapacité du statut français à cerner la réalité du commerce français tiennent à plusieurs facteurs : la « démagogie du législateur », une Assemblée Nationale ne comprenant pas toujours les problèmes et problématiques derrière chaque proposition de réforme, le niveau des experts judiciaires très disparate, l'« insuffisante formation des magistrats » qui ont trop fortement « tendance à coller à l'avis des experts », et la « connaissance insuffisante de certains avocats » qui considèrent trop souvent que « le client a toujours raison » et qui ne cherchent finalement jamais à enseigner à ce dernier les complexités de notre législation.

⁶⁵ Dumortier B.-H., « Les modifications du statut des baux commerciaux par la loi de modernisation de l'économie », Defrénois n°17, octobre 2009, p. 1769

⁶⁶ Pelletier P., « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, avr. 2004

⁶⁷ Auque F., « Les propositions de réforme du statut des baux commerciaux », JCP G n° 30, Juillet 2004

⁶⁸ Ruet L., ibidem

⁶⁹ Lecourt B., « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », RTD com. 2015. 1

⁷⁰ Monéger J., « Supplique pour une vraie simplification du statut des baux commerciaux », Loyers et copr. 2011,

1

⁷¹ Belot P., « Soixante-treize ans de propriété commerciale », GP n°4, janvier 2000, p. 58

Pour d'autres, comme Monsieur Garbit⁷², ancien Président de Tribunal de Grande Instance, « *en France, la relation bailleur preneur* » est « *sclérosée et passionnelle* », le « *législateur est imprudent dans ses choix successifs* », le « *développement inconsidéré du champ d'application du statut (...) a créé une dynamique qu'il ne maîtrise pas* ». Pour lui, on « *a laissé perdre de vue la raison d'être du statut des baux commerciaux* ». Enfin, c'est le juge qui parle, « *la notion de justice a été parfois absente du débat* » alors « *pourtant que le juge est garant de l'équilibre* ».

Selon Derrupé, « *il n'est donc pas étonnant que, avec le vent de libéralisme économique qui a soufflé et souffle sur le monde* » soit à terme remise en cause « *notre abusive propriété commerciale* »⁷³. Pourtant, selon lui toujours, il s'agit de ne pas tout confondre : certes, Monsieur Rozès fait état, à raison, d'une exception française ; en revanche, celle-ci « *tient à l'ampleur de la protection dont bénéficient les locataires commerçants et non à l'existence de cette protection qui est, ou est devenue, commune à la quasi-totalité des pays européens* »⁷⁴.

Dès lors, selon cette autre façon d'envisager notre particularisme français, l'exception européenne serait finalement allemande. L'Allemagne est la seule à avoir fait le choix de la liberté contractuelle totale, et à n'avoir prévu aucune protection de la partie faible que serait, selon les autres pays européens, le preneur.

En France, cette vision du preneur en tant que partie faible, nous l'avons déjà évoquée, provient du Décret historique de 1953 qui, en période d'après-guerre, ne connaissait que le commerçant « *boutiquier tirant ses revenus d'un commerce indépendant* ». Il semblait donc suffisant, à cette époque, d'assurer l'équilibre du bail commercial, par la simple protection de la propriété commerciale, et par le simple encadrement de la durée. Or, aujourd'hui, comme l'écrivait Madame Andrich, « *le commerce indépendant ne constitue plus qu'une nostalgie* »⁷⁵, et de nouvelles réflexions fleurissent, notamment celles tendant à remettre en cause notre façon de penser le contrat commercial, ou contrat d'affaires, et à n'apprécier son équilibre que dans sa finalité économique, ce qui inciterait à « *en finir avec le protectionnisme* »⁷⁶...

⁷² Garbit P. « Baux commerciaux et bonne foi », RLDA n° 66, décembre 2003

⁷³ Derrupé J., « Baux commerciaux. Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993 p.161

⁷³ cf infra n°86 et s.

⁷⁴ Derrupé J. « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000. p.510

⁷⁵ Andrich I. « Baux commerciaux : analyse et portée de la jurisprudence », Defrénois n° 31-33, décembre 2017, p.40

⁷⁶ Leterre T., « Rougier et le problème de la cohésion sociale », Philosophia Scientiæ, CS7, 2007

7. Intitulé du sujet. – C’est ainsi que le sujet de cette thèse s’intitule : « **Le nouvel équilibre du bail commercial, depuis les dernières réformes (2014-2018)** ». A cet égard, avant d’entrer plus en détail dans l’équilibre du bail commercial, il convient de définir l’objet de notre étude en précisant, tout d’abord, d’avantage la notion d’équilibre, équilibre qui est véritablement l’objet de cette thèse.

Selon la définition du dictionnaire⁷⁷, il est premièrement cet « *état de repos, position stable d'un système obtenue par l'égalité de deux forces, de deux poids qui s'opposent* ». D’un point de vue plus politique, ce serait plutôt la « *juste proportion entre des éléments opposés, entre des forces antagonistes, d'où résulte un état de stabilité, d'harmonie* ». Enfin, de manière plus générale, ce serait la « *juste répartition des éléments d'un tout* ». La répartition a, en effet, une place importante dans le statut des baux commerciaux : on pense particulièrement à la répartition des droits et obligations des parties, ou à la répartition des travaux et des charges.

« *Dans le langage courant, la notion d'équilibre est toujours entendue de façon positive dans la mesure où elle représente la stabilité face au déséquilibre* »⁷⁸. Pour Monsieur Chantepie, « *l'équilibre est un juste rapport, une relation d'équivalence* »⁷⁹. De manière un peu plus subtile, pour Madame Fin-Langer, en droit des contrats, ce serait une « *composition harmonieuse* »⁸⁰. Ainsi, l’équilibre ne consisterait qu’en une déclinaison de la notion d’égalité, puisqu’il correspond au lien qui unit deux entités différentes, qu’elles soient choses ou individus. Mais cet équilibre serait instable, voire éphémère, puisqu’il est la plupart du temps étudié ou recherché sous l’angle de la protection ou, plus exactement, de la sanction de son contraire, à savoir le déséquilibre.

Pour Monsieur Leterre⁸¹, l’équilibre a une connotation politique et est, en vérité, « *affaire de méthode* ». Reprenant la pensée de Rougier, selon qui l’Etat « *démo-libéral* » « *représente un équilibre dont on peut penser qu’il est optimal* », l’auteur considère que, si le « *jeu économique s’équilibre spontanément* », cela nécessite tout de même « *un appareil de stabilisation de l’économie de plus en plus complexe* ». Ainsi, les contrats et la propriété étant « *des notions juridiques, non économiques* », celles-ci « *renvoient à une construction historique, et non à des concepts naturels* », ce qui nécessite « *une intervention de l’État* ».

⁷⁷ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/%C3%A9quilibre/30674>

⁷⁸ Pariente A., « L’équilibre budgétaire : un principe juridique insaisissable ? RFFP n°112, p.163, novembre 2010

⁷⁹ Chantepie G., « La notion d’équilibre du contrat », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 6

⁸⁰ Fin-Langer L. « L’équilibre contractuel », LGDJ, 2002, n° 130

⁸¹ Leterre T., « Rougier et le problème de la cohésion sociale », Philosophia Scientiæ, CS7, 2007

Cela justifierait, s'agissant du droit des baux commerciaux, les réformes prises de 1953 à 2014 par le législateur, évoquées précédemment⁸², dans lesquelles nous constatons, particulièrement, « *la prise en compte historique de l'équilibre contractuel par le législateur français* »⁸³. Historiquement, ce droit spécial, pour être équilibré, doit prendre en compte une multitude d'intérêts divergents. Cela se comprend, ne serait-ce que sur le plan juridique, puisque le droit des baux commerciaux est tiraillé par les influences de deux domaines juridiques différents : celui du droit commercial, et du rattachement du bail commercial au fonds de commerce, d'une part, et celui du droit immobilier, pour le traitement de la propriété immobilière et du contrat de location, d'autre part.

Il fut d'ailleurs longtemps pour cette raison « *négligé par les universitaires* », selon Derrupé⁸⁴, pour cette raison. L'auteur relevait en effet, au début des années 2000, que le droit des baux restait « *encore un domaine où s'investissent surtout les praticiens du droit* ». Cela n'est désormais plus le cas. Nous constatons une publication doctrinale quasi-journalière en ce qui concerne le droit des baux commerciaux, l'essor de l'intérêt suscité par cette discipline prenant sa source directement dans les dernières réformes.

Pourtant, et c'est ce qui en fait tout son particularisme, l'importance croissante de ce statut protecteur, lui-même reconnu comme étant « *au croisement des droits* »⁸⁵, n'est pas récente et dépasse très largement le cadre du seul commerce.

En effet, comme le soulignent tout d'abord certains auteurs, précurseur, le statut devient même une source d'inspiration législative pour d'autres droits, puisque « *le recul très net des prérogatives des droits du propriétaire au profit de ceux du locataire, en droit commercial, préfigure l'évolution à venir en droit civil en matière de baux civils d'habitation, dont les traits saillants sont le contrôle des loyers, la stabilité du bail, et le droit au renouvellement* »⁸⁶. Il est même, à ce titre, assez singulier que l'importance de l'équilibre du bail commercial, contrat conclu entre professionnels⁸⁷, ait pu être reconnue par le législateur bien avant celle du bail d'habitation qui, pourtant, pourrait être considéré, à première vue, comme étant le contrat de

⁸² cf supra n°5

⁸³ Auguet Y., « L'équilibre contractuel dans le Code civil », Village-justice, 1er décembre 2017

⁸⁴ Derrupé J., « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000. p.510

⁸⁵ Monéger J. « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », RTD Com. 2016 p.427

⁸⁶ Ruet L., ibidem

⁸⁷ Ou avec en présence, au moins, d'un professionnel, à savoir le locataire commerçant ce qui est notable puisque le preneur devient, ainsi, « professionnel ».

location nécessitant le plus de protection. C'est bien le statut des baux commerciaux qui a, néanmoins, servi de « *modèle à la protection du logement familial* »⁸⁸, elle aussi protectrice, plus précisément dans l'élaboration des différentes lois de 1948⁸⁹, 1982⁹⁰, 1989⁹¹ et 1994⁹², relatives au bail d'habitation.

D'autre part, et malgré les premières critiques émises dès les années 60, celles-ci faisant du statut des baux commerciaux « *le responsable de tous les maux* »⁹³, le législateur n'a eu de cesse d'étendre le champ d'application de ce statut « *parfois même dès l'origine, par des dispositions légales expresses, à d'autres bénéficiaires que les commerçants* »⁹⁴. Certaines conditions d'application du statut furent ainsi supprimées afin de permettre aux artisans⁹⁵, à certaines personnes morales⁹⁶, aux établissements d'enseignement⁹⁷, aux groupements d'intérêts économiques ayant un objet social de nature commerciale⁹⁸, ou encore aux caisses d'épargne et de prévoyance⁹⁹, de bénéficier de la protection du statut des baux commerciaux.

Notons également le cas de l'admission de l'extension conventionnelle du statut, lorsque les parties peuvent déjà bénéficier d'un « mini-statut » des baux professionnels. Le législateur, par l'article 57 A de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, a souhaité encadrer la situation locative propre aux baux professionnels¹⁰⁰ en créant un mini-statut d'ordre public, celui-ci ne prévoyant pour l'essentiel que des règles relatives à la durée du contrat de bail. Jusqu'en 2008, s'est posée la question de la possibilité des parties de déroger à l'article 57 A, pour choisir de se soumettre aux règles plus strictes du statut des baux commerciaux.

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ Loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement

⁹⁰ Loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs

⁹¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986

⁹² Loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat

⁹³ Auque F. « Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000. 478

⁹⁴ Lamarche T., « Immatriculation des associations au Registre du commerce et des sociétés, et bail commercial », JCP N. n°40, octobre 1992

⁹⁵ Le décret n°53-960 du 30 septembre 1953 a en effet supprimé la condition d'exercice d'une activité commerciale afin d'étendre le champ d'application du statut aux activités artisanales.

⁹⁶ La condition de l'existence d'un fonds de commerce a été supprimée pour certaines personnes morales : Loi n°46-744 du 18 avril 1946 pour les services municipaux ; Le Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 lui-même pour les entreprises publiques, Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 pour les sociétés coopératives

⁹⁷ cf Article L145-2 C. com. : les établissements d'enseignements sont ainsi dispensés de l'exercice d'une activité commerciale, et de toute inscription au registre du commerce et des sociétés

⁹⁸ Loi n°89-377 du 13 juin 1989 relative aux groupements européens d'intérêt économique (GEIE) et modifiant l'ordonnance 67821 du 23-09-1967 sur les groupements d'intérêt économique (GIE)

⁹⁹ Loi n°91-635 du 10 juillet 1991 relative au statut des caisses d'épargne et de prévoyance

¹⁰⁰ Le bail professionnel a pour destination l'exercice de toute activité autre que commerciale, artisanale, industrielle ou agricole. Il s'agira donc la plupart du temps d'une activité libérale. L'activité n'a cependant pas obligatoirement à être réglementée : Cass. civ. 3^e, 10 déc. 2002, pourvoi n° 99-21858, Bulletin 2002 III N° 255 p. 221

Depuis la loi LME n° 2008-776 du 4 août 2008, les parties y sont désormais autorisées puisque cette loi a ajouté à l'article en question l'alinéa suivant : « *les parties peuvent déroger au présent article dans les conditions fixées au 7° du I de l'article L. 145-2 du Code de commerce* ». L'article L. 145-2 I du code de commerce prévoit quant à lui que « *par dérogation à l'article 57 A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière aux baux d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel si les parties ont conventionnellement adopté ce régime* ». Le statut des baux commerciaux est donc également applicable en présence d'une activité libérale.

Ces extensions montrent, elles aussi, l'importance du statut des baux commerciaux, au-delà du commerce, puisque « *de la protection du droit au renouvellement indispensable à la pérennité du fonds de commerce, on est passé à la protection d'une valeur patrimoniale propre au profit du locataire même non-commerçant* »¹⁰¹.

8. « L'équilibre du bail commercial depuis les dernières réformes ». – Cette thèse a vocation à traiter de l'équilibre du bail commercial, au lendemain des dernières réformes. En effet, ces dernières années, pour bon nombre de droits spécialisés, tel que celui des baux commerciaux, « *les réformes législatives, réglementaires ou doctrinales se succèdent, s'accumulent et se percutent ; les situations contractuelles en sont perturbées, l'instabilité s'est installée et les matières elles-mêmes se divisent, interfèrent entre elles* »¹⁰². Il est donc question de traiter des principaux changements importants intervenus depuis 2014, ayant vocation à rétablir un certain équilibre dans le droit et la pratique des baux commerciaux.

9. La loi n°2014-626 du 18 juin 2014. – Ce changement correspond, tout d'abord, à la loi n°2014-626 du 18 juin 2014, dite « *loi Pinel* » du nom de la ministre de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme, de l'époque, Madame Sylvia Pinel.

Il s'agit selon Monsieur Blatter, « *de la réforme globale du statut la plus importante depuis 1972* ». Déposée le 21 août 2013 sur le bureau de l'assemblée nationale¹⁰³, celle-ci a pour objectif de répondre aux difficultés rencontrées par les petites et moyennes entreprises représentant près de 11% du PIB et employant 3 millions de salariés, et d'améliorer la situation

¹⁰¹ Monéger J. « Baux commerciaux », JCP N n° 40, 2 octobre 1992

¹⁰² Peisse M., « Un droit équitable ? », GP n°261, septembre 2010, p.3

¹⁰³ Flash Defrénois, « Le projet de loi sur l'artisanat, le commerce et les TPE est déposé » Defrénois, 15 septembre 2013 n°17, P.879

locative de ces entreprises, « *variable importante de leur équilibre économique notamment en centre-ville* », selon le titre Ier de la loi. La loi est également présentée comme une « *rénovation des baux commerciaux* » ayant vocation à rééquilibrer les relations contractuelles entre bailleurs et locataires, et à soumettre, plus que jamais, les parties au statut des baux commerciaux.

Le projet de loi succède aux cinquante propositions qui avaient été faites par la secrétaire d'Etat à l'artisanat, au tourisme et au commerce, dans son plan d'action gouvernemental pour le commerce et les commerçants en juin 2013¹⁰⁴, suite aux sollicitations de certains groupes et associations de commerçants locataires dans de grands centres commerciaux¹⁰⁵. Ces derniers se plaignaient des loyers pratiqués qu'ils jugeaient sans rapport avec le chiffre d'affaires pouvant être réalisé dans de tels locaux et correspondant parfois à deux fois ceux pratiqués avant la crise. S'ajoutait à cela, en matière de loyer, la difficulté pour les commerçants de proximité, qui n'avaient pas eu le temps de constituer des réserves suffisantes, de faire face à la hausse de leur loyer due à compter de la demande faite par le bailleur.

Le texte, également inspiré du rapport Pelletier¹⁰⁶, a été débattu au Parlement, après que le gouvernement ait engagé une procédure accélérée, le 9 janvier 2014. Celle-ci, on le rappelle, permet de légiférer sans passer par le jeu de la navette parlementaire, lorsque les chambres ne se mettent pas d'accord. Cette technique qui a d'ailleurs été fortement critiquée¹⁰⁷, est en effet de plus en plus utilisée, et tend à devenir la norme¹⁰⁸. Toutefois, cela n'a pas empêché, au fur et à mesure que les débats avaient lieu, qu'une multitude d'amendements soient ajoutés au texte initial. Ont ainsi vu le jour des dispositifs qui n'étaient pas dans le projet de base.

D'une manière générale, les spécialistes des baux commerciaux estiment que le travail effectué, que ce soit préalablement ou en session parlementaire, n'a pas été suffisant¹⁰⁹, alors pourtant que la réforme était attendue¹¹⁰ depuis des décennies. Le droit des baux commerciaux, que tout le monde s'accorde à qualifier de droit « complexe », aurait probablement mérité plus de concertation. Le Sénat avait tout de même semblé prêter attention aux remarques des

¹⁰⁴ Brault C.-E. « Le statut des baux commerciaux et le plan d'action gouvernemental pour le commerce et les commerçants », GP n° 215, août 2013, p. 7

¹⁰⁵ Monerger J. « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014 p. 535

¹⁰⁶ Pelletier P., « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, avr. 2004.

¹⁰⁷ Teffo F., « La réforme des baux commerciaux par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises du 18 juin 2014 » LPA n° 200, octobre 2014, p. 4

¹⁰⁸ Sur cette méthode en droit des sociétés, Teffo F., « L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés » Dalloz, 2014, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 139

¹⁰⁹ Monerger J., ibidem

¹¹⁰ Barbier J.D., Jacquin A., Brault C.-E., « Commentaire des propositions de réforme des baux commerciaux et professionnels » GP n° 274, septembre 2004, p. 3

spécialistes¹¹¹ mais, suite à la commission mixte paritaire du 21 mai 2014 composée de sept députés et sept sénateurs, les dispositions qui y avaient été adoptées et approuvées par le ministre de l'Économie de l'époque, Monsieur Montebourg, ont été supprimées.

Suite à la seconde phase de discussion en Assemblée Nationale, le 26 mai 2014, et au Sénat, le 5 juin 2014, le projet de loi a été définitivement adopté à une très large majorité¹¹². Finalement, la loi a été publiée au Journal Officiel le jeudi 18 juin 2014¹¹³. Celle-ci porte donc sur « *la dynamisation des commerces de proximité, le renforcement de la diversité commerciale dans les territoires, la valorisation des savoir-faire des artisans et la simplification des régimes de l'entreprise individuelle* »¹¹⁴.

Dans cette optique, le régime des baux commerciaux, figurant principalement aux articles L.145-1 et suivants, et R.145-1 et suivants du code de commerce, a été modifié par l'ajout de nouvelles dispositions. Ces modifications concernent notamment la convention d'occupation précaire, l'établissement d'états des lieux, le formalisme en matière de congé, l'encadrement du loyer, l'encadrement de la solidarité en matière de cession de baux commerciaux, la durée du bail, l'encadrement des charges commerciales, etc. ...

Par la loi du 18 juin 2014, le statut des baux commerciaux a donc été profondément transformé. En effet, comme a pu l'affirmer Monsieur Brignon, « *Mesdames Duflot et Pinel ont bouleversé la matière immobilière en 2014* »¹¹⁵. Cependant cette réforme n'est censée impacter que les baux commerciaux conclus ou renouvelés après l'entrée en vigueur de cette loi, plus précisément à compter du 20 juin 2014, voire à compter seulement du 1er septembre 2014 pour certaines de ses dispositions.

Pourtant, « *nombre de praticiens ont craint la remise en cause de « l'équilibre contractuel » supposé résulter des baux en cours* »¹¹⁶. Il s'agit ici de la question de l'application de la loi dans le temps. Celle-ci suscite, encore aujourd'hui soit plusieurs années après l'entrée en vigueur de la loi Pinel, beaucoup d'interrogations. Cela est étonnant tant la volonté initiale du législateur paraissait simple. Madame Pinel indiquait ainsi « *sur les baux déjà conclus et devant être*

¹¹¹ Monéger J., « Les baux commerciaux dans le projet de loi Pinel : cherche Sénateur linguiste, désespérément ! », loyers et copr. 2014. Repère 3.

¹¹² 323 suffrages favorables et seulement une voix contre, à l'Assemblée.

¹¹³ L. n° 2014-626, 18 juin 2014 : JO 19 juin 2014, p. 10105

¹¹⁴ <http://www.economie.gouv.fr/loi-artisanat-commerce-tpe-mesures-adoptee>

¹¹⁵ Brignon B., « Les baux commerciaux depuis la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 13

¹¹⁶ Antoniutti A. « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 9

renouvelés » que « *l'impact devait être très limité* »¹¹⁷. La ministre expliquait même à l'Assemblée qu'une application aux baux en cours « *entraînerait une insécurité juridique pour les parties, en ce qu'elle pourrait constituer une atteinte à la liberté contractuelle en l'absence de motif d'intérêt général suffisant pour la justifier* »¹¹⁸.

Cette volonté semble avoir été respectée, en grande partie en tout cas, puisque comme le relève Monsieur Antoniutti, « *nous n'avons en apparence que quatre dispositions expressément applicables aux baux en cours : le droit de résiliation des héritiers*¹¹⁹, (...), *le droit de préemption du locataire*¹²⁰, (...) *l'obligation d'établir un état des lieux*¹²¹, (...), *et le droit à la déspecialisation partielle*¹²² »¹²³. Cependant les avis divergents sur la question de l'application dans le temps de la loi Pinel fleurissent en doctrine, et ce mouvement ne fut absolument pas calmé par une réponse ministérielle¹²⁴ apportée justement sur cette question.

Par cette réponse, Madame la secrétaire d'Etat auprès du ministère de l'économie indiqua l'application immédiate, aux baux en cours, d'une nouveauté issue de la loi Pinel, à savoir le droit de résiliation triennale d'ordre public. Comme l'expliquent certains auteurs, « *cette décision revient à considérer que la durée ferme des baux serait un effet légal du contrat* »¹²⁵. Même si la portée d'une réponse ministérielle est évidemment à relativiser, il resterait donc encore à l'heure actuelle, à se poser la question des possibles modifications des effets légaux opérés par la loi Pinel, pour savoir précisément quelles nouvelles dispositions sont d'application immédiate.

Dans cette approche, certaines dispositions issues de la loi de 2014 semblent n'appeler incontestablement aucune application immédiate : « *logiquement ce sont les dispositions qui n'impactent aucunement l'équilibre initial du contrat* »¹²⁶, mais d'autres susciteront encore quelques interrogations dans les années à venir.

¹¹⁷ Projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : Étude d'impact, 20 août 2013, p. 18.

¹¹⁸ Comm. affaires économiques, 28 janv. 2014, séance de 21 heures 30, compte rendu n° 56

¹¹⁹ C. com., art. L. 145-4, al. 4

¹²⁰ C. com., art. L. 145-46-1

¹²¹ C. com., art. L. 145-40-1

¹²² C. com., art. L. 642-7

¹²³ Antoniutti, *ibidem*

¹²⁴ Question N° 93154 de Mme Jeanine Dubié (Radical, républicain, démocrate et progressiste - Hautes-Pyrénées), Question publiée au JO le : 16/02/2016 page : 1405 ; Réponse publiée au JO le : 31/05/2016 page : 4684

¹²⁵ Sciote-Siegrist C. « Loi Pinel et application immédiate aux baux en cours », LaVielImmo, 2018

¹²⁶ Antoniutti, *ibidem*

10. La loi n°2015-990 du 6 août 2015. – Ce changement correspond également à une autre réforme intervenue peu de temps après la loi Pinel. En effet, par la suite, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, appelée encore parfois aujourd'hui « loi Macron », a été la première loi « post-Pinel » à apporter de nouvelles retouches au statut. Celle-ci ayant été adoptée le 10 juillet 2015, par utilisation notamment de l'article 49-3 de la Constitution française par le gouvernement Hollande, il n'aura donc pas fallu attendre très longtemps pour que le statut des baux commerciaux soit à nouveau modifié.

11. L'ordonnance n° 2016-301 du 14 février 2016. – Mais ce changement correspond également aux modifications législatives, intervenues ces dernières années, n'affectant pas directement le contrat de bail commercial. En effet, puisque le bail commercial est situé « *au croisement* »¹²⁷ de différents droits, il est également influencé par les autres réformes le touchant de près ou de loin. C'est le cas notamment, et principalement, de la très commentée réforme du droit des obligations, opérée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 février 2016, qui a fait de ces trois dernières années « *des années trépidantes pour les praticiens et observateurs du droit des contrats* »¹²⁸

Cette réforme résulte de la loi d'habilitation du 16 février 2015¹²⁹ qui autorisa le législateur à réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance. Cette réforme était particulièrement attendue, notamment par les praticiens du droit des affaires, tant son projet ambitieux proposait d'intégrer une partie importante de règles de droit établies par la jurisprudence mais non encore codifiées, et tant elle avait pour objectif de simplifier notre droit, le rendre plus accessible et plus concurrentiel face aux autres droits européens.

Le Gouvernement de l'époque indiquait que cette réforme répondait « *à une forte attente en-dehors de ses frontières* » et permettait « *de renforcer l'attractivité de notre système juridique* » en garantissant « *aux investisseurs un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution* »¹³⁰.

¹²⁷ Monéger J. « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », RTD Com. 2016 p.427

¹²⁸ Delpech X., « 2018, une nouvelle année de réformes », AJ contrat 2018, p.1

¹²⁹ Dossiers législatifs - LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures

¹³⁰ Compte rendu du Conseil des ministres du 10 février 2016, Contenu publié sous la présidence de François Hollande du 15 mai 2012 au 15 Mai 2017 : <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-02-10>

« Pragmatique et partagée entre le libéralisme et un socialisme tempéré (violence économique, clause abusive), le souci de l'efficacité (rupture unilatérale, fixation et réduction unilatérales du prix, simplification de la cession de créance) et celui de l'équilibre »¹³¹, elle intègre donc un certain nombre de nouveautés, de nouveaux mécanismes, de nouvelles conceptions et, peut-être, une nouvelle façon de voir le contrat, qui concerneront autant les contrats conclus entre particuliers, que ceux entre professionnels..

Le nouveau droit des contrats ferait ainsi « le choix de l'utile et du juste, sans renoncer à l'autonomie de la volonté »¹³². Les modifications effectuées concernent, notamment, la suppression de certains termes historiques tels que ceux de « convention », de « cause » ou « d'objet », l'insertion de solutions jurisprudentielles dans le code civil telles que celles applicables à la négociation, à l'information précontractuelle, à l'imprévision, à l'inexécution des contrats, ou à la bonne foi, l'insertion également de nouveaux termes, ou « standards juridiques », tels que le « contenu », la « substance », etc...

Sans développer plus à ce stade, notons d'ores et déjà que, « même s'il est difficile de déceler dans ce nouvel ensemble une philosophie bien nette »¹³³, le législateur insère donc au sein du code civil un certain nombre de règles et de mécanismes issus directement de droits voisins, à savoir le droit de la consommation ou de la concurrence, et que bon nombre de ces ajouts partagent un objectif plus ou moins affirmé : celui de l'équilibre du contrat par la protection de la partie placée en position de faiblesse. Ainsi, « la réforme du droit des contrats conforte et identifie des pratiques et situations spéciales qui doivent concourir à l'équilibre contractuel opérationnel, en favorisant un contenu harmonieux du contrat et en garantissant une intangibilité désormais relative. Alors que la réception de la théorie des clauses abusives par le code civil favorise l'équilibre contractuel au stade de la formation du contrat, la prise en compte de l'imprévision contractuelle par le code civil participe de l'équilibre contractuel lors de son exécution »¹³⁴.

Dès lors, la réforme serait le « fruit d'une rencontre, voire d'un arbitrage, entre droit savant et aspirations des praticiens », ces derniers ayant fait « entendre leur voix tout au long du processus d'élaboration des textes nouveaux »¹³⁵. Cette réflexion a permis la création, et l'introduction au sein du code civil, de nouvelles prérogatives, « permettant de prévenir le

¹³¹ Bénabent A., « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 2016, 434

¹³² Auguet Y., « L'équilibre contractuel dans le Code civil », Village-justice, 1er décembre 2017

¹³³ Bénabent A., Ibidem

¹³⁴ Auguet Y., ibidem

¹³⁵ Sirinelli P., « Réforme du droit des contrats : une attente et des attentes », D. 2016. 105

contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge » : la « montée en puissance de l'unilatéralisme » permet désormais « de fixer seul le prix¹³⁶, de réduire le prix en cas d'exécution imparfaite du contrat¹³⁷, ou encore de « résoudre le contrat par voie de notification »¹³⁸, signes d'un assouplissement de la gestion contractuelle. Le recours au juge, dans ces hypothèses, n'intervient en effet que subsidiairement »¹³⁹.

Selon Monsieur Delpech¹⁴⁰, « les objectifs poursuivis par les pouvoirs publics sont les mêmes que ceux qui ont présidé aux récentes politiques de codification (le code du tourisme et celui des transports en sont des illustrations parmi d'autres) », à savoir la « recherche d'une plus grande sécurité juridique, d'une modernisation de notre droit civil (en témoigne la disparition d'institutions jugées désuètes, telles les bonnes moeurs, remplacées par une référence à l'ordre public pour apprécier la validité d'un contrat) ».

En cela, l'ordonnance de 2016 s'inscrit dans « un contexte propre à la matière contractuelle : la nécessité de respecter l'équilibre voulu par les parties, dont on sait qu'il repose sur une anticipation des risques en connaissance de cause »¹⁴¹. L'objectif serait donc de « libérer, tout en protégeant »¹⁴².

Certains auteurs, peinent cependant à percevoir le réel objectif du législateur. La réforme s'évertuerait à « moderniser », « simplifier », « améliorer la lisibilité », « renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats », « garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme », mais « ces expressions aussi générales que creuses », selon Monsieur Chazal¹⁴³, ne permettraient pas de mettre en évidence un « programme idéologique (au sens de système d'idées, de philosophie du monde et de la vie) (...) pouvant être mis en œuvre » pour apprécier cette réforme. La réforme, selon cet auteur, ne serait même « qu'un toilettage ne servant qu'à moderniser, simplifier et rendre plus équitable seulement à la marge un droit des contrats pensé comme spiritualiste, volontariste, individualiste et libéral ». Aussi, un certain nombre d'auteurs considèrent que « l'objectif principal de l'ordonnance du 10 février 2016 était

¹³⁶ C. civ., Art. 1164 et 1165 nouveaux

¹³⁷ C. civ., Art. 1223 nouveau

¹³⁸ C. civ., Art. 1226 nouveau

¹³⁹ Mallet-Bricout B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ. 2016., 463

¹⁴⁰ Delpech X., À la une - Réforme - Le droit des contrats nouveau est arrivé ! JA 2016, n°535, p.6

¹⁴¹ Mallet-Bricout B., ibidem

¹⁴² Delebecque P., « La réforme du droit des contrats : toujours autant d'incertitudes ! », AJ contrat 2017, p.453

¹⁴³ Chazal J.-P., « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? » D. 2015. 673

de consolider le droit positif de 2015, en le modernisant simplement quand il semblait devoir l'être »¹⁴⁴.

D'autres, comme Monsieur Mazeaud¹⁴⁵, constatent « *quelques approximations, imperfections, contradictions et lacunes* » dans les nouveaux textes issus de l'ordonnance, qu'il appartiendra au juge de « *corriger, résoudre ou combler* », et « *peu plus de sécurité juridique et toujours moins de justice contractuelle* » ce qui est remarquable pour une réforme qui se veut pourtant fortement libéraliste. Le principal effet de celle-ci serait, au final, de partager notre « *univers contractuel* » en « *deux planètes distinctes* » : la première serait celle des « *contrats structurellement équilibrés, autrement dit ceux qui sont librement et effectivement négociés* », et la seconde celle « *contrats structurellement déséquilibrés qui, en raison du rapport de forces qui préside à leur conclusion, ne sont pas librement négociés* ». Cette distinction créerait, en conséquence, une « *distinction de régime* ».

Cette différenciation est due, en grande partie, à l'insertion du contrat d'adhésion au sein du droit commun des contrats. « *Celui-ci comporte désormais, comme le code de consommation (art. L. 212-1, al. 1er) et le code de commerce (art. L. 442-6, I, 2°), une règle de protection contre les clauses abusives* »¹⁴⁶ permettant au juge de sanctionner, du réputé non écrit, toute clause qu'il n'aurait pas été possible de négocier par l'une des parties, ce qui serait à même de mettre en évidence le caractère abusif de ladite clause et, donc, le déséquilibre du contrat.

Dans le contrôle de l'équilibre, « *le juge tiendra sans doute un rôle de premier plan dans la promotion, ou au contraire la limitation, de la protection du contractant qui subit l'excès, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'un professionnel. Là se situe l'un des enjeux majeurs de la réforme : le vieux débat sur le rôle du juge dans le contrat se renouvelle en effet avec l'ordonnance du 10 février 2016* »¹⁴⁷.

Le neuvième article de l'ordonnance de 2016 fixe les règles d'application dans le temps de cette réforme : les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Toutefois, à nouveau, la loi n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats conclus ou renouvelés après cette date. En revanche, selon cet article, « *les dispositions des troisième et*

¹⁴⁴ Parleani G., « La réforme du droit des contrats : une bonne idée confrontée aux travers français », AJ contrat 2017, p.49

¹⁴⁵ Mazeaud D., « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018. 912

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ Mallet-Bricout B., ibidem

quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183¹⁴⁸ sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ».

Cette précision est riche d'enseignement et permet de comprendre que, si le principe reste celui de la non-rétroactivité de la loi, certaines exceptions existent. Il s'agit donc, selon le second alinéa de cet article 9, des nouvelles actions dites « interrogatoires »¹⁴⁹. Cette nouvelle possibilité, étudiée en détail dans la deuxième partie de cette thèse¹⁵⁰, est donc offerte à tous les contractants. L'article 9 permet également de comprendre que les nouvelles dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer aux instances en cours, c'est-à-dire celles ouvertes avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Mais le juge ne sera-t-il pas tenté de prendre en considération les changements opérés par le législateur, ne serait-ce que philosophiquement ? Certains auteurs rappellent qu'il s'agit d'une méthode courante¹⁵¹.

Même si les règles apparaissaient simples en ce qui concerne l'application dans le temps de la réforme de 2016, les choses se compliquent lorsque l'on sait que la ratification de celle-ci n'a été opérée qu'un an et demi après son entrée en vigueur, et que cette ratification a réalisé quelques modifications de ladite réforme. En effet, cette ratification, engagement de Madame la Ministre Christiane Taubira¹⁵², plus tardive que prévue, a été l'occasion pour l'Assemblée Nationale et le Sénat de clarifier certaines imprécisions de la loi en répondant aux interrogations, en grande partie issues de la pratique.

Cet objectif de clarification conduisit finalement à quelques « *divergences entre l'Assemblée nationale et le Sénat sur quelques articles* ». Ces divergences furent finalement « *aplanies en Commission mixte paritaire* »¹⁵³ puisque la loi de ratification fut enfin adoptée le 20 avril 2018¹⁵⁴, celle-ci entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2018.

¹⁴⁸ Il s'agit des trois nouvelles actions interrogatoires créés par la réforme : cf infra n°703 et 737 703

¹⁴⁹ C. civ. Art. 1123 ; C. civ. Art. 1158 ; C. civ. Art. 1183

¹⁵⁰ PARTIE 2 – La mise en œuvre conventionnelle de l'équilibre du Bail Commercial

¹⁵¹ Mekki M. « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018. 900

¹⁵² Ibidem

¹⁵³ La Quotidienne, « Entrée en vigueur de la réforme de la réforme du droit des contrats », Ed. FR Lefebvre, AFFAIRES -Contrats, 25 avril 2018

¹⁵⁴ Loi 2018-287 du 20-4-2018 : JO 21 texte n° 1

Comme le met en avant Monsieur Mekki, « *l'ordonnance n'a pas été défigurée et l'essentiel a été conservé* »¹⁵⁵. Les différentes modifications opérées par la Commission mixte paritaire sur les nouveaux articles issus de l'ordonnance de 2016, pour la majeure partie ne s'appliqueront donc qu'aux contrats conclus à partir de ce 1^{er} octobre 2018¹⁵⁶. Néanmoins certains correctifs, ayant une vocation interprétative¹⁵⁷, s'appliqueront immédiatement aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016. Les autres, à savoir « *les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1195, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et les articles L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du code monétaire et financier, opérant une modification de fond, sont applicables aux seuls actes juridiques conclus après le 1^{er} octobre 2018* »¹⁵⁸.

Les auteurs regrettent, encore une fois, que les « *différents changements apportés* » l'aient été « *sans philosophie d'ensemble* » et sans « *souci de cohérence globale* »¹⁵⁹. « *Seule une petite trentaine de textes* » furent corrigés de sorte que soit redéfini « *les contours et du régime des contrats d'adhésion* », que soit amélioré le « *régime de la formation du contrat* »¹⁶⁰, que soit précisé « *les règles relatives à sa validité*¹⁶¹ *ou ses effets* »¹⁶², et que soit clarifiées « *certaines règles relevant du régime général des obligations* »¹⁶³. Néanmoins, tous s'accordent à dire que « *le nouveau droit des contrats est désormais réalité* » et qu'il constitue « *un lourd défi pour les professionnels, tenus d'adapter leur pratique contractuelle à la législation nouvelle* »¹⁶⁴. Cette constituerait, à ce titre, « *la plus grande réforme de la matière depuis plus de deux cents ans, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur du code civil en 1804* »¹⁶⁵.

Pour Madame Auque, « *bien que soumis à ce que l'on nomme un statut, le bail commercial ne* » pourra échapper aux effets de celle-ci, « *non seulement parce que, comme la plupart des contrats, sa formation relève du droit commun, mais aussi en raison de l'espace de liberté que*

¹⁵⁵ Mekki M., *ibidem*

¹⁵⁶ cf Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Article 16

¹⁵⁷ Cette possibilité a toujours été utilisée par le législateur. Par exemple, Cass. 3e civ., 22 juin 1983, n° 81-15.211, Bull. civ. III, N. 145 : « *l'arrêt retient, à bon droit, qu'en déclarant interprétative du texte originare la rédaction donnée par l'article 6 de la loi du 4 janvier 1980 à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, le législateur a expressément formulé sa volonté de soumettre à la règle ainsi explicitée toutes les situations contentieuses non encore résolues par une décision ayant acquis force de chose jugée* ».

Néanmoins, même lorsque la loi est dite « *interprétative* » explicitement par le législateur, le juge peut encore apprécier cette interprétativité. Par exemple: Cass. 3^e civ. 7-4-2004 n° 02-20.401 FS-PBI

¹⁵⁸ Mekki, *ibidem*

¹⁵⁹ Andreu L., « *Présentation générale* », AJ contrat 2018, p.252

¹⁶⁰ Pellet S., « *La formation du contrat* », AJ Contrat 2018. 254

¹⁶¹ Cattalano-Cloarec G., « *La validité du contrat* », AJ Contrat 2018. 257.

¹⁶² Thibierge L., « *Les effets du contrat* », AJ Contrat 2018. 266

¹⁶³ Andreu L., « *Présentation générale* », AJ contrat 2018, p.252

¹⁶⁴ Collectif d'auteurs, « *La réforme du droit des contrats : enjeux pratiques* », AJ contrat 2016, p.411

¹⁶⁵ Delpech X., *ibidem*

lui abandonne la réglementation, l'ordre public étant, en principe, délimité par les articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce »¹⁶⁶.

12. L'équilibre du bail commercial. – Les termes du sujet ainsi définis, il s'agit dès à présent de rentrer dans le vif du sujet, et d'en affiner l'analyse. Chercher à approfondir la notion d' « équilibre du bail commercial » impose, tout d'abord, de prendre en considération les éléments entre lesquels il doit y avoir équilibre, ou plutôt entre quelles personnes puisqu'il s'agit d'étudier l'équilibre du bail commercial, contrat unissant deux parties.

La première de ces deux parties est le « locataire » qui pourra également être désigné comme le « preneur », parfois même comme le « commerçant ». La conclusion d'un bail commercial confère au preneur le droit d'user d'un immeuble, le local commercial, appartenant à une autre partie, à savoir le « bailleur ». Le bailleur se trouve être le propriétaire de cet immeuble. Celui-ci, qui a fait le choix de l'investissement immobilier, va vouloir rentabiliser ce dernier en mettant son bien en location, ce qui va lui permettre d'obtenir, en échange, le versement périodique d'un loyer commercial, celui-ci étant bien évidemment payé par le preneur.

De manière générale, la vision populaire du bailleur est assez négative. Bien que celui-ci ne fasse la plupart du temps qu'user des droits que la loi lui confère, afin de protéger son droit de propriété immobilière, aussi bien pour la pratique qu'aux yeux du législateur, le bailleur est parfois caricaturé comme étant dans le rapport contractuel la partie qui n'a qu'un seul objectif : le profit. Cette idée est encore présente aujourd'hui : à titre d'exemple, la presse lilloise rapportait, en 2011, l'histoire de « *VastNed Retail, le grand méchant loup de l'immobilier* »¹⁶⁷.

Nous le verrons par la suite, cette conception du bailleur est quelque peu erronée¹⁶⁸. Il s'agirait d'ailleurs, dans la pratique, de bien faire une différence entre « bailleur privé » et « bailleur institutionnel ». Le bailleur institutionnel étant la plupart du temps une personne morale assez puissante, par exemple une banque, une grande enseigne ou une maison d'assurance, celle-ci est en effet susceptible, plus que le bailleur privé en tout cas, d'user de sa supériorité économique envers son locataire commerçant.

¹⁶⁶ Auque F., « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : impact sur les baux commerciaux », AJDI 2018, 497

¹⁶⁷ Méreau J., « Qu'y a-t-il derrière les loyers de VastNed Retail ? », Nord Eclair éd. 7 janvier 2011

¹⁶⁸ cf infra n°30 pour la remise en cause du profil historique des parties

Puisque les parties sont clairement identifiées, reprenons la précédente question : entre quels éléments doit-il y avoir un équilibre ? L'analyse de l'équilibre du bail commercial doit être effectuée à partir des droits et obligations du bailleur et du preneur, c'est-à-dire notamment à partir de leurs prestations respectives. Ainsi, l'équilibre doit être envisagé avec l'objectif de « réciprocité ». Cette réciprocité, aussi bien pour les parties que pour le législateur, il s'agit de faire en sorte qu'elle subsiste tout au long de la relation contractuelle, c'est-à-dire éventuellement jusqu'à la résiliation du bail commercial. Cette première méthode consiste à considérer que l'équilibre est bien réel au moment de la conclusion du bail commercial, et qu'il s'agit de le conserver.

En revanche, une autre méthode conduirait à sortir de cet aspect social, et à ne s'intéresser qu'à la seule finalité du contrat : le juste loyer. Dès lors, il ne s'agit plus de conserver la situation initiale mais de transformer le rapport contractuel, afin de prendre en considération toute modification, tout changement intervenu dans l'environnement des deux parties que sont le bailleur et le locataire. Cela reviendrait ainsi à envisager l'équilibre du bail commercial par l'évaluation des ressources financières produites par les parties, grâce à leur contrat : d'un côté le chiffre d'affaires dégagé par le locataire, de l'autre le juste retour du capital pour le bailleur.

On comprend donc très vite en poussant le raisonnement, qu'en ce qui concerne le bail commercial, rechercher l'équilibre c'est prendre le risque de se confronter, toujours, à une certaine antinomie. Les deux méthodes ne sont pas forcément incompatibles, mais évidemment les instruments qu'elles utilisent ne sont pas les mêmes. Peut-être verrons-nous que le législateur n'en a pas toujours eu conscience.

Par ailleurs, apprécier l'équilibre du bail commercial nécessite également de bien prendre connaissance de ce qu'est réellement la pratique des baux commerciaux. Nous faisons, précédemment, référence à un équilibre initial qu'il s'agirait de conserver. Quiconque cherche à définir cet équilibre initial doit bien avoir à l'esprit que tout se joue, peut-être, bien avant la signature même du bail commercial. A ce titre, la négociation constitue « l'atelier de fabrication » de cet équilibre. Comme le souligne Monsieur Dejoie, « *dès le début des relations contractuelles, il y a lieu de trouver le bon équilibre financier entre les parties, car le bailleur veut assurer une rentabilité de son capital et le locataire souhaite dégager la meilleure marge possible de son activité économique* »¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Dejoie A., « Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial », AJDI 2009 p.289

Les parties doivent impérativement, dès la phase de négociation, penser aux effets juridiques et aux enjeux financiers que revêt chaque stipulation du bail commercial. L'avenir de la relation contractuelle en dépend. Malheureusement, beaucoup de locataires ou de bailleurs n'en ont aucunement conscience. La vie du bail commercial, la naissance de cette relation, débute au moment de la négociation. Le bailleur envoie un premier projet de bail commercial à son potentiel preneur, ou au conseil de ce dernier. Le projet est par la suite étudié : c'est la version positive. Des modifications sont également demandées : c'est encore la version optimiste. Les parties se mettent enfin d'accord sur les conditions finales du bail commercial, notamment celles relatives à la durée ou au montant du loyer initial.

Le bail commercial commence à « vivre ». On peut le modifier par voie d'avenant. On peut demander la rectification du loyer par différents dispositifs qui seront étudiés dans cette thèse. On peut le résilier sur un fondement juridique ou conventionnel. On peut encore se battre pour faire en sorte que celui-ci résiste aux effets néfastes qui peuvent toujours surgir pendant son exécution, aux événements imprévus, et qu'il soit maintenu en dépit de l'écoulement du temps.

Alors, le bail commercial peut être amené à se renouveler. Dans ce cas, soit les parties font en sorte de respecter le formalisme nécessaire à les sortir d'une insécurité juridique, par la conclusion d'un nouveau bail commercial¹⁷⁰ soit, de manière plus incertaine, le bail commercial peut également être amené à se proroger. Dans ce cas, le même bail survit et se prolonge de manière tacite.

En définitive, la relation unissant bailleur et preneur peut être amenée à durer, mais cela n'est possible que si un objectif commun est partagé par au moins deux personnes. Ce but commun, c'est évidemment l'équilibre qui est l'objectif de toujours : l'objectif historique du législateur, mais par voie de conséquence également celui des parties, ou celui du juge.

Nous comprenons déjà, à ce stade de la réflexion, que l'équilibre semble être également une question de point de vue : c'est-à-dire qu'en fonction du prisme sous lequel on choisit de se placer pour l'étudier, il ne sera pas appréhendé de la même manière. Peut-être n'y a-t-il, d'ailleurs, pas un seul équilibre mais plusieurs équilibres ? Nous mettions, précédemment, en exergue deux choses différentes : d'une part, de deux méthodes distinctes, usant d'instruments dissemblables ; d'autre part, d'un équilibre bien réel au moment de la conclusion du bail

¹⁷⁰ Planckeel F., « Le bail commercial renouvelé est-il bien un nouveau bail ? », AJDI 12 juin 2006, p.433

commercial, qu'il importe de conserver, c'est-à-dire de l'idée selon laquelle il existerait un équilibre « de base », et un équilibre qu'il s'agirait de maintenir en procédant à des ajustements.

Il nous semble cohérent, dans le cadre de l'examen du « nouvel équilibre » du bail commercial, ou du « réexamen de l'équilibre » du bail commercial, d'établir une approche méthodologique en axant notre développement sur cette distinction. Nous prenons ainsi le parti de procéder à une démarcation entre deux équilibres qui ne poursuivent pas les mêmes objectifs : l'un étant poursuivi par le législateur, l'autre correspondant nettement plus aux choix opérés par les cocontractants, aux négociations desquelles ressortent ceux-ci, et aux effets futurs de ceux-ci.

Pour Monsieur Antoniutti, *« c'est justement le risque d'une remise en cause de cet équilibre par l'imposition de l'autre équilibre plus objectif, recherché par le législateur, qui a été craint et déploré jusqu'ici par nombre de praticiens »*¹⁷¹. A ce stade, nous relevons donc une hypothétique absence « d'interaction » ou de « coordination » entre les deux sujets.

13. L'équilibre fondamental du bail commercial – Dans la recherche de l'équilibre du bail commercial, comme dans la recherche de l'équilibre de tout contrat, le législateur use de ce que certains auteurs appellent les « *instruments de justice contractuelle* »¹⁷² qui permettent de s'assurer de l'équilibre du contrat au vu des « *exigences morales, sociales ou économiques* »¹⁷³.

Ainsi, *« le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté, au service de la sécurité, (et) constitue une bulle protégée des influences extérieures, un monde clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter »*¹⁷⁴.

Il est question ici de ce que nous choisissons volontairement d'appeler « l'équilibre fondamental » du contrat. Qu'entendons-nous par l'équilibre « fondamental » ? Ce qui est fondamental selon le Dictionnaire correspond à ce « *qui sert de base, de fond, de fondement, par exemple une loi fondamentale de la Constitution* »¹⁷⁵. Il y a donc derrière l'utilisation de ce terme cette idée de fondation, de socle juridique.

¹⁷¹ Antoniutti, *ibidem*

¹⁷² Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ 1997, p.357

¹⁷³ Lokiec P., « Le droit des contrats et la protection des attentes », D. 2017 p.321

¹⁷⁴ Thibierge-Guelfucci C., *ibidem*

¹⁷⁵ <http://www.larousse.fr/>

L'utilisation du « fondamental » est rarement celle du domaine juridique. On la retrouve par exemple dans la discipline économique où « *le taux de change d'équilibre fondamental est alors défini comme le taux de change qui assure l'équilibre interne et l'équilibre externe* »¹⁷⁶. Le fondamental permettrait donc de prendre en compte une pluralité de facteurs tels que ceux internes ou externes à l'objet d'étude, le nôtre n'étant pas le taux de change mais bien le bail commercial.

En vérité, derrière le terme « fondamental » il y a aussi cette idée du « normal », du « nécessaire ». A ce titre, nous retrouvons également l'équilibre fondamental en médecine, ou plus généralement dans les matières intéressant la santé, le bien-être, lorsque « *maintenir un équilibre fondamental* » consiste en une sorte de prescription, tout autant philosophique que préventive, celle-ci servant à réduire le risque potentiel de devoir un jour faire face à la gravité d'un quelconque dysfonctionnement. On admet alors que l'équilibre est quelque chose de fragile. La fragilité de l'équilibre appelle donc le fondamental.

Le législateur, dès 1953, prend conscience de la fragilité de l'équilibre et de l'importance de ce contrat qu'est le bail commercial. En effet, comme l'écrivait Madame Aube, « *à moins d'être marchand ambulant, un commerçant ne peut exercer son activité sans un toit et des murs qui relèvent bien souvent du bail commercial* »¹⁷⁷. « Bien souvent » en effet puisque, rappelons-le à nouveau, notre pays n'a pas fait le même choix que son cousin allemand qui a, lui, préféré mettre en place une législation imposant au commerçant de financer et acheter lui-même ses murs.

Le législateur français a fait le choix politique du locatif : le local ne consiste plus, dès lors, qu'en une charge et non en un investissement, les seuls investissements du locataire ne consistant la plupart du temps qu'en des travaux de mise en conformité avant de prendre possession des lieux. Dès lors, « *nul ne peut nier l'importance de ce que l'on nomme l'immobilier commercial* »¹⁷⁸. Il est un élément important, vital de cet ensemble que nous nommerons approximativement l'« entreprise ».

Chacun de ses éléments, que ce soit aussi bien ceux du fonds de commerce, les statuts régissant son fonctionnement interne, la propriété intellectuelle, les contrats de travail, les licences et

¹⁷⁶ <https://www.universalis.fr/encyclopedie/change-les-theories-du-change/>

¹⁷⁷ Aube F. « Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ? », *Revue de jurisprudence commerciale*, Juillet/août 2004, n°4

¹⁷⁸ Ibidem

autres autorisations d'exploitation, le savoir-faire, ou donc le local commercial, maintiennent cette entreprise en équilibre. Ainsi, l'équilibre du bail commercial, conditionne aussi celui de l'entreprise, celui du commerce du locataire.

Le législateur a donc bien raison de chercher tout particulièrement à maintenir et préserver l'équilibre fragile de ce bail commercial. Fragile, il l'est de fait, puisque le contrat de bail commercial ne concerne pas uniquement l'entreprise mais est nécessairement dépendant d'une autre variable humaine : l'autre partie au contrat, à savoir le bailleur qui se trouve être propriétaire des murs.

Face à cette problématique, le choix du législateur aurait pu être celui du seul contrat : c'est à dire le choix de l'équilibre du contrat par le seul contrat¹⁷⁹. Celui-ci, consistant à faire confiance aux parties du bail commercial en leur laissant totale ou forte liberté, a d'ailleurs été celui de l'Espagne, du Luxembourg, de l'Allemagne ou même de Monaco. Néanmoins, pour que les parties soient libres, responsables de contractualiser comme bon leur semble, encore faudrait-il simplement que celles-ci soient placées sur un pied d'égalité. « *L'égalité, le seul équilibre en ce monde, l'égalité devant l'asticot* », disait Jean-Henri Fabre¹⁸⁰.

Ce n'est pas le choix qu'a fait le législateur français. Du moins, ce n'était pas le cas en 1953, puisque la situation est alors déséquilibrée : c'est la position prise historiquement par le législateur français, par le Président du Conseil Joseph Laniel, « *un indépendant ni de droite ni de gauche (...) qui, en application de pouvoirs spéciaux délégués par le Parlement, réorganise la réglementation des baux commerciaux, sous la pression des commerçants* »¹⁸¹.

Cette réglementation a cherché, pendant plus de 60 ans, à favoriser l'accroissement du commerce en France, en protégeant celui-ci face aux difficultés d'une économie mouvante, par la création d'un régime spécial encadrant et réglementant le bail commercial.

En effet, en dehors même des baux commerciaux, le législateur s'est toujours efforcé, lorsque l'équilibre le commandait, de créer des régimes propres à chaque contrat spécial, en plus du régime général des obligations. Ce fut déjà le cas en 1804, au sein du code civil lorsqu'il fallut encadrer le régime de la lésion pour le contrat de vente immobilière uniquement¹⁸². De cette

¹⁷⁹ Lardeux G. « L'équilibre du contrat », Aix Marseille Université, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012

¹⁸⁰ « Né le 22/12/1823, Mort le 11/10/1915, Jean-Henri Casimir Fabre est un homme de sciences, un humaniste, un naturaliste, un entomologiste éminent », <https://www.babelio.com/auteur/Jean-Henri-Fabre/19163>

¹⁸¹ Auque F., ibidem

¹⁸² Chantepie G., « la notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 6

idée naquit le droit qu'on appelle aujourd'hui communément le droit des contrats spéciaux, et plus précisément différents statuts légaux.

En effet, pour ce qui est des contrats locatifs, les régimes juridiques s'accumulent en France : baux d'habitation non-meublés encadrés par la *loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* ; baux d'habitation meublés encadrés d'une part par le code civil, et d'autre part par la *loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale* ; baux mixtes, correspondant à la situation où l'exploitant commercial souhaite exercer son activité au sein même de sa résidence principale, et encadrée par la loi du 6 juillet 1989 citée précédemment ; baux précaires encadrés par les dispositions du code de commerce ; baux professionnels encadrés par les dispositions de la *loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière* ; enfin, baux saisonniers, baux de garage et parking, et baux dits emphytéotiques ... Et les baux commerciaux donc.

Pour le législateur, trouver l'équilibre juste, peut-être « *équilibre introuvable* »¹⁸³, ne peut se faire que contrat par contrat. Admettons-le, cela n'est pas dénué de pertinence tant la mission est difficile. Les régimes juridiques applicables à ces différents contrats locatifs ont pour « finalité »¹⁸⁴ commune la protection du locataire contre tous les abus, contre toutes les clauses déraisonnables qui lui seraient imposées. Mais, surtout, ils ont vocation à trouver le bon équilibre entre les différents droits et obligations des parties au contrat.

L'équilibre fondamental du bail commercial correspond à l'équilibre envisagé d'un point de vue global, universel. Il ne s'intéresse paradoxalement pas au cas par cas, peut-être pas assez à l'heure actuelle, même si une évolution semble s'amorcer. L'équilibre fondamental est peut-être plus influencé par les contraintes du marché que par les contraintes réelles des contractants, et plus par les enjeux du système économique que par l'économie du contrat lui-même.

Il y a cependant un effet négatif à cette conception législative : on est parfois déconnecté des situations concrètes, en retard par rapport aux changements et mutations intervenus depuis des années. Dès lors, dans cette approche, si l'équilibre fondamental devient un outil, un levier,

¹⁸³ Auque F., « Rapports locatifs : l'équilibre introuvable », JCP G. 1989, I, 3421

¹⁸⁴ Chantepie G., *ibidem*

censé encadrer et réguler un système global, comment s'y prend-on ? Le choix est alors celui des lois impératives, d'ordre public, ou plutôt d'ordre public statutaire.

L'ordre public est un « *ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères* »¹⁸⁵.

Il « *remplit un rôle, mais principalement afin d'assurer le plein exercice de la liberté contractuelle* », il est « *inséparable d'un ordre politique et social* »¹⁸⁶. L'ordre public ne restreint donc pas uniquement la liberté contractuelle, il s'assure que celle-ci ne porte pas atteinte à l'équilibre du contrat tel que dicté par les considérations politiques, économiques et sociales.

Il est d'ailleurs intéressant de relever, dans des domaines juridiques où la liberté et le pouvoir de la volonté pourraient, par nature, justifier un certain déséquilibre, la multiplication des règles poursuivant l'équilibre : c'est le cas du droit de la concurrence, par exemple, puisque l'on « *sait bien aujourd'hui qu'il y a un ordre public de la concurrence* »¹⁸⁷. En effet, l'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, comporte bon nombre de dispositions impératives visant à protéger la liberté de la concurrence. Ainsi, les cocontractants doivent faire preuve de prudence, et respecter les contraintes qui pèsent sur eux dans la rédaction de leur contrat : citons, à titre d'exemple, la limitation dans le temps et dans l'espace des clauses de non-concurrence.

L'objectif d'équilibre, qui touche ainsi également les contrats conclus entre professionnels¹⁸⁸, se retrouve chaque fois qu'il est question de protéger la partie « *présumée en situation de faiblesse* ». Il y a alors « *un statut contractuel impératif qui limite à la portion congrue la marge de manœuvre des cocontractants* »¹⁸⁹. Ce sera systématiquement le cas pour les contrats dits « d'adhésion », où l'une des parties se retrouve forcée d'adhérer à un contrat-type, sans possibilité de négocier le contenu de celui-ci.

¹⁸⁵ Cornu G. « Vocabulaire juridique », PUF, 11ème édition, 2016

¹⁸⁶ Terré F. in Revet T. « L'ordre public à la fin du XXe siècle », E. D. 1996

¹⁸⁷ Terré F., ibidem

¹⁸⁸ C'est cet objectif d'équilibre qui est à l'origine de la sanction des pratiques abusives énumérées par l'article L. 442-6 du code de commerce

¹⁸⁹ Mestre J. in Revet T. « L'ordre public à la fin du XXe siècle », E. D. 1996

On pense, alors, particulièrement au droit de la consommation, au droit de la concurrence à nouveau, mais beaucoup d'autres relations contractuelles sont concernées. Nous pouvons, pour l'illustrer, citer la loi du 31 décembre 1975¹⁹⁰ qui prévoit la protection du sous-traitant, ou la loi du 25 juin 1991¹⁹¹ qui encadre les rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants. Et bien sûr, bien avant ces deux lois, le décret du 30 septembre 1953¹⁹² crée un statut pour les baux commerciaux, essentiellement constitué de règles impératives, le plus souvent favorables à la partie faible qu'est le locataire. A cet égard, le bail commercial a été « pionnier » de la recherche d'un équilibre. Qui plus est, il s'agissait de l'instaurer au profit d'un professionnel indépendamment de la qualité de professionnel, ou pas, du bailleur. Cette volonté reflète la « *tendance de notre droit à valoriser les positions professionnelles reposant sur l'activité* »¹⁹³. Mais cette « originalité »¹⁹⁴ a gravé dans le marbre l'image de « *régime de protection à outrance* »¹⁹⁵ ou de « *régime super-protecteur* »¹⁹⁶.

L'ordre public de ce statut, quant à lui, révèle « *la crainte du législateur qui porte sur le risque que les dispositions protectrices posées en faveurs du locataire ne soient neutralisées par des dispositions conventionnelles imposées par le bailleur* »¹⁹⁷. La majeure partie des règles relatives à la durée du bail, à l'encadrement du loyer, au droit au renouvellement du contrat, à la transmission de celui-ci, ou au formalisme à suivre, sont d'ordre public. Celles-ci sont, en principe¹⁹⁸, énumérées aux articles L. 145-15 et L.145-16 du code de commerce.

Il existe, cependant, des degrés d'impérativité au sein du statut. En effet, si celui-ci est considéré depuis fort longtemps comme étant un ordre public de protection¹⁹⁹, il nous sera possible de relever qu'il est, si ce n'est relatif, au moins parcellaire²⁰⁰. Le statut des baux commerciaux laisse ainsi une grande place à la liberté contractuelle²⁰¹. Cela n'est pas foncièrement illogique dans la mesure où le propre des réglementations relatives aux contrats de la vie commerciale²⁰²

¹⁹⁰ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

¹⁹¹ Loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants

¹⁹² Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal – Art. 23-6

¹⁹³ Frank E., « Réflexions sur les baux commerciaux en France dans la perspective de l'ouverture du marché commun européen », *Administrer déc.* 1988, p. 2

¹⁹⁴ Lafond J., « Statut des baux commerciaux, Présentation », *JCI*, Fasc. 10, 4 Avril 2016

¹⁹⁵ Franck E., *ibidem*

¹⁹⁶ Laure G., « Le devenir du fonds de commerce en 1993 », *RDL* 1991, p. 24

¹⁹⁷ Ruet L. « les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrénois

¹⁹⁸ cf infra n° 34 et s.

¹⁹⁹ cf infra n° 37

²⁰⁰ cf infra n° 39

²⁰¹ cf infra n° 26 et s.

²⁰² Mestre J. *ibidem*

est de prévoir des degrés d'impérativité afin que les cocontractants conservent une certaine marge de manœuvre.

Selon Monsieur Terré²⁰³, ces nuances d'impérativité en matière contractuelle, à l'origine, s'expliquent justement par la qualité des contractants. Ce qu'il appelle « *l'ordre public mixte* » s'est développé chaque fois qu'un cocontractant était à protéger particulièrement, ou chaque fois que les contrats étaient à la fois civils et commerciaux, notamment dans les rapports entre commerçants et non commerçants.

De telle sorte, selon l'auteur, qu'il n'y aurait qu'un « *noyau dur* » de règles fondamentales d'ordre public, notamment parce que le courant de la libéralisation a pris le pas sur l'ordre public de direction : « *les profondes mutations de notre temps, liées au développement des fonctions dévolues ou reconnues à l'Etat ont modifié profondément sa signification (celle de l'ordre public). L'économie dirigée, la planification, puis un retour à l'économie de marché, marquent notre époque. Le mouvement se traduit par le développement d'un ordre public néo-libéral. D'où la distinction d'un ordre public de direction, observé notamment en matière de concurrence, et d'un ordre public de protection, par exemple dans le droit de la consommation* »²⁰⁴.

Ces règles ne s'imposeraient donc que de manière ponctuelle aux parties, le principe étant que la loi contractuelle est la « *loi des parties* »²⁰⁵, seulement lorsqu'il n'est pas prévu une règle d'ordre public. Dans un tel cas, il n'est alors pas possible d'y déroger. Dès lors, comme le souligne Monsieur Mestre, la question est de savoir « *quelle est la marge de manœuvre qui est abandonnée aux parties, dans l'organisation de leurs intérêts patrimoniaux, et où se situe la frontière entre le macro-législateur qu'est le Parlement et ce micro-législateur que peut-être chacun de nous* »²⁰⁶.

Entre les notions d'« interventionnisme étatique », de « libéralisme », de « protection des faibles », d'« utilité sociale », voire d'« intérêt général », en matière de bail commercial notamment, le tout est de savoir si l'on se trouve en présence d'un ordre public de direction, « *se traduisant par des règles étatiques impératives qui expriment une certaine politique économique, financière, monétaire de l'Etat* », ou d'un ordre public de protection, s'exprimant

²⁰³ Terré F. *ibidem*

²⁰⁴ *Ibidem*

²⁰⁵ Aynes L., « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du CC*, n° 17, mars 2005

²⁰⁶ Mestre J., *ibidem*

donc « *par des règles impératives que le législateur adopte dans le souci de protéger une partie qu'il estime en situation de faiblesse dans une relation contractuelle* »²⁰⁷.

Nous verrons cependant dans cette thèse que la nature de l'ordre public du statut des baux commerciaux est encore aujourd'hui discutée²⁰⁸. Malgré cela, il existe toujours un ensemble de règles « *qui se superposent au contenu de l'accord des parties* »²⁰⁹, qui « *viennent vraiment d'en haut, et poursuivent une politique nationale que l'Etat impose aux parties, en marge de leur propre accord* ».

Ce sont, selon nous, ces règles qui cherchent à garantir l'équilibre fondamental du contrat.

Peut-on considérer qu'un statut avec des degrés d'impérativité, une complexité née de l'accumulation des règles spéciales, et ce que certains auteurs appellent le « *morcellement du droit des contrats* »²¹⁰, constitue un garde-fou suffisant face à la volonté, toujours plus forte, du contractant de contourner les dispositions impératives, afin d'obtenir une situation toujours plus avantageuse, au détriment bien souvent de la partie faible du contrat ?

Notre époque est celle de l'optimisation, optimisation rendue possible par les issues de secours offertes par les réformes françaises. Cela est d'autant plus vrai pour le statut des baux commerciaux, eu égard à la place laissée à la liberté contractuelle. Cette liberté a sa place, certes, mais comme le soulignait Derrupé « *l'autonomie de la volonté peut constituer un moyen d'oppression des faibles par les puissants* »²¹¹. Dès lors, il s'agit de l'encadrer, strictement²¹².

14. L'équilibre conventionnel du bail commercial. – Un contrat à exécution successive de longue durée, tel que le bail commercial, appelle à envisager l'équilibre « *dans un cadre plus vaste que le contrat* »²¹³. Il nous apparaît essentiel de placer l'étude sous le second prisme de la relation conventionnelle. Il s'agit d'étudier l'équilibre d'un droit spécial, d'un droit statutaire, certes, mais « *en se rapprochant du cœur de la relation économique nouée* »²¹⁴.

²⁰⁷ Ibidem

²⁰⁸ cf infra n° 38

²⁰⁹ Mestre J., ibidem

²¹⁰ Delpérier J.-M. « L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...) », JCP N. n° 47, 20 Novembre 2015, 1209

²¹¹ Derrupé J., « L'immatriculation du locataire commerçant au registre du commerce et des sociétés », Mélanges offerts à M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 561

²¹² cf infra n° 23 et s.

²¹³ Chantepie G. « La notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 6

²¹⁴ Ibidem

Il n'est, dès lors, plus question d'envisager la qualité des parties, ou la vision que le législateur a d'eux, mais bien de rappeler que le contrat est, avant toute chose, un « *lien entre les contractants* »²¹⁵. Bailleur et preneur sont deux acteurs économiques, aux intérêts et aux ambitions différentes, certes, mais qui doivent s'entendre afin de faire en sorte que l'« *œuvre commune* »²¹⁶ que représente la vie du bail commercial prospère.

Comme Madame Thibierge-Guelfucci l'a démontré par le passé, « *la relation contractuelle, à l'image de la relation humaine, est soumise à une double polarité, prise entre des forces de cohésion, tendant à son maintien, donc à la pérennité du contrat, et des forces de changement tendant à l'évolution, voire à l'éclatement* »²¹⁷. C'est dans ce cadre spécifique, que l'équilibre conventionnel nous semble devoir être étudié.

Il s'agit, notamment, de partir du postulat suivant : « *si le lien contractuel devient plus plastique, plus souple, plus adaptable, il devient par là-même moins cassant* ». Mais cela nécessite, si ce n'est une entente, au moins une collaboration entre les parties. Des solutions sont assurément à trouver dans les « *mécanismes volontaristes* » qui permettent de réguler l'équilibre du contrat au vu de la volonté des contractants. Plus que de la volonté, Monsieur Lokiec préfère parler des « *attentes* » des parties. Celles-ci offriraient, selon l'auteur, « *une alternative au solidarisme contractuel* » permettant de s'échapper du « *dogme de l'autonomie de la volonté* » et ainsi de « *préserver les liens nécessaires entre le contrat et la volonté des contractants* »²¹⁸.

La protection de ces attentes n'est en réalité qu'un prolongement de la notion de « *contrat relationnel* », théorisée dans les années 70 par Ian Roderick Macneil²¹⁹. L'idée de cette théorie est que le contrat dit « *classique* » est trop rigide et ne permet pas l'évolution nécessitée par les circonstances s'imposant aux parties, particulièrement lorsque le contrat est de longue durée.

Aussi, en reprenant l'équilibre fondamental du contrat, précédemment évoqué²²⁰, on considère que celui-ci ne peut consister qu'en un équilibre « *de base* », tel que souhaité par le législateur. Celui-ci est voué à se détériorer avec le temps, à défaut d'intervention autre justement que celle du seul législateur. Le maintien de l'équilibre conventionnel consiste ainsi « *en une savante et*

²¹⁵ Thibierge-Guelfucci C., *ibidem*

²¹⁶ Mestre J., « L'évolution du contrat en droit privé français », RIDC n°41-1, 1989, p. 254

²¹⁷ Thibierge-Guelfucci C., *ibidem*

²¹⁸ Lokiec P., *ibidem*

²¹⁹ Gatti L. « La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, p. 220

²²⁰ Supra n°13

délicate alchimie de combiner les forces de maintien de l'acte, exprimées dans l'aspiration grandissante à la pérennité du contrat, et les forces d'évolution axées sur son adaptation. Le fruit en est la souplesse contractuelle qui permet à l'acte de survivre par sa capacité à s'adapter »²²¹.

Les parties ont conclu un contrat, se sont mises d'accord sur ses dispositions fondamentales, mais ne peuvent pas tout envisager au moment de conclure le contrat. Celles-ci devront, pour maintenir l'équilibre du contrat, intervenir pour « *résoudre de façon souple les difficultés éventuelles, par la renégociation ou par l'intervention d'un tiers, en tenant compte de leurs comportements respectifs* »²²² : cela nécessite des « leviers conventionnels » pour mettre en œuvre cet équilibre. C'est d'ailleurs ce que semble vouloir encourager la réforme du droit des obligations de 2016 en cherchant « *l'équilibre contractuel* » par « *l'équilibre économique* »²²³. Notons que, déjà, la Commission Pelletier en 2004 mettait en avant la nécessité de deux parties au même niveau, et l'importance de leur entente et de la négociation pour les baux commerciaux²²⁴.

Demogue, en son temps, partageait déjà cette vision relationnelle du contrat, mettant en lumière la nécessité de contrôler l'évolution du contrat par la solidarité²²⁵. Dans son traité des obligations²²⁶, comme le relève Madame Gatti, il insiste sur le rôle fonctionnel d'« organisateur » de « *l'interdépendance et de la coopération des parties* » dans le contrat²²⁷. Cette forme de solidarisme est alors fondée en grande partie sur la notion de bonne foi présente dans l'ancien article 1134 du code civil.

La notion contemporaine de « contrat relationnel » n'est qu'une résultante de la pensée solidariste du XIX^{ème} siècle, qui est réapparue à notre époque de deux façons différentes : d'une part, grâce aux écrits de plusieurs auteurs²²⁸ ; d'autre part, avec le développement d'une jurisprudence, fondée sur les notions de loyauté, de cohérence et de coopération²²⁹, qui,

²²¹ Thibierge-Guelfucci C., *ibidem*

²²² Gatti L., *ibidem*

²²³ Chaoui H. « La négociation et la conclusion du bail commercial : incidence de la réforme du droit des contrats », *Loyers et Copr.* n° 10, Octobre 2016, dossier 10

²²⁴ « *(recommandation) inciter les organisations représentatives des propriétaires, commerçants, artisans et professionnels libéraux à mieux faire connaître le régime juridique des baux commerciaux et professionnels, et à diffuser des clauses-type favorisant la négociation des contrats* ». in Blatter J.-P., « Modernisation du statut des baux commerciaux » *AJDI* 2004 P. 344

²²⁵ Demogue R., *Traité des obligations en général*, Tome 1

²²⁶ *ibidem*

²²⁷ Gatti L., *ibidem*

²²⁸ Notamment Mazeaud D. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *J.Cl.* 1999, p.603 ; Jamin C. « Le contrat au début du XXI^{ème} siècle », *Etudes J. Ghestin*, *LGDJ* 2001, p.441

²²⁹ Gatti L., *ibidem*

constatant l'inégalité entre les parties, rétablit l'équilibre au profit de la partie au contrat considérée une nouvelle fois comme étant la plus faible.

Les idées développées par le courant solidariste, soutenues par les nouvelles réglementations protégeant notamment le consommateur plutôt que le professionnel en droit de la consommation, ou pour ce qui nous intéresse plus particulièrement le locataire face au bailleur, retrouvent ainsi celles de la pensée relationnelle. D'aucuns²³⁰ considèrent que cette dernière, puisqu'encourageant la régulation du contrat, est le meilleur moyen de s'assurer de la stabilité du contrat de longue durée. Elle impose en effet (positivement) aux parties l'obligation « *de collaborer à la réalisation de l'objet du contrat* »²³¹.

La théorie de la protection des attentes, et la notion de contrat relationnel, acquièrent aujourd'hui une résonance toute particulière. En effet, si par le passé, la cause, « *vecteur de l'économie du contrat* », fut « *un précieux instrument de protection des attentes* »²³², s'en développent aujourd'hui beaucoup d'autres dans les dernières réformes : relevons à ce titre la « révision pour imprévision », la sanction de certaines clauses du contrat en considération de ce que devrait être le « contenu normal » du contrat, la théorie de l'« économie du contrat », ou encore l'apparition de la notion d'« obligation essentielle » du contrat.

A titre d'exemple, l'obligation de délivrance du local, dans un état propre à sa destination, du bailleur constitue une obligation essentielle du bail commercial. Celle-ci permet au locataire de jouir du local paisiblement dans l'exploitation de son activité commerciale. Mais comme le souligne Monsieur Lokiec²³³ « *ce qui est analysé comme la contrariété d'une clause à l'obligation essentielle pourrait tout autant l'être comme une atteinte à l'économie générale du contrat, expressions qui renvoient toutes deux aux attentes des contractants* ».

Nous comprenons désormais qu'il est question de mise en œuvre conventionnelle de l'équilibre du contrat, plus que de l'encadrement de l'équilibre fondamental qui, lui, répond à des considérations sociales ou économiques. La révision pour imprévision en est la parfaite illustration, dans la mesure où il n'est pas question de prendre en considération les éléments fondamentaux du contrat, mais bien de rechercher le sens que les parties « *auraient donné à*

²³⁰²³⁰ Boisman C., « les contrats relationnels », Aix-en-Provence, PUAM, 2005 ; Borestel-Lill J., « Essai sur une théorie relationnelle du contrat », Thèse de doctorat, Droit privé, Paris I, 2008

²³¹ Cedras J., « Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel 2003, La documentation française, 2004.

²³² Lokiec P., *ibidem*

²³³ Lokiec P., *ibidem*

leur contrat, en tant qu'hommes raisonnables et justes, s'ils avaient eu l'événement à l'esprit »²³⁴.

Nous évoquions auparavant la nécessité d'offrir aux parties la possibilité de résoudre les difficultés qui s'imposent à elles de façon souple. A ce titre, un tout autre phénomène est d'ores-et-déjà à relever dans les dernières réformes, et plus particulièrement celle du droit des obligations de 2016²³⁵ : il s'agit de la « *progression de l'unilatéralisme au sein du contrat (...) de la puissance de la volonté unilatérale qui se voit conférer par le contrat le pouvoir d'agir sur la situation existante* »²³⁶.

Pour certains auteurs, en effet, cette réforme a opté pour un « *libéralisme de bon aloi, sensible aux vertus de simplicité, souplesse et célérité* »²³⁷, s'adaptant ainsi à la réalité puisque considérant que le simple contrôle « réglementaire » de l'équilibre, par la sanction du déséquilibre, ne suffit pas à le maintenir. Cette thèse montrera donc également les nouvelles possibilités, offertes par les dernières réformes, faites de nouveaux pouvoirs, de nouvelles prérogatives contractuelles²³⁸.

Mais celles-ci résulteront également de la jurisprudence puisque « *depuis quelques années, la Cour de cassation a introduit une certaine dose de souplesse et de libéralisme dans l'aménagement contractuel du bail* ». Nous relevons comme Monsieur Ruet qu'effectivement « *la Cour de cassation a permis le développement de plusieurs pratiques contractuelles, à l'ombre de l'ordre public, permettant dès lors aux parties une adaptation du contrat à leurs besoins, et à leur volonté commune, la marge de liberté s'exprimant principalement à l'égard des modalités de calcul du loyer, ce qui n'est pas mince* »²³⁹.

15. Intérêt théorique et pratique du sujet. – Au-delà de sa dimension théorique, ce sujet comporte une évidente dimension pratique.

²³⁴ Radcliffe L., in Lokiec P., *ibidem*

²³⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

²³⁶ Etienney-de Sainte Marie A., « La validité » des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », D. 2017 p.1312

²³⁷ Dupichot P., Bretzner J-D. « User des prérogatives contractuelles », JCP E 2016, 1375

²³⁸ cf infra n° 716 et s.

²³⁹ Ruet L. « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

En effet, les dernières réformes touchant, de près ou de loin, les baux commerciaux, de par « *les spécificités du droit immobilier* », déconcertent aussi bien « *le justiciable que son conseil, et pas seulement le justiciable particulier et l'avocat spécialisé ...* »²⁴⁰. Il faut évidemment reconnaître qu'il fallait de nouveaux équilibres pour « *rétablir une certaine équité* » en droit des baux commerciaux. A ce titre, les nouveaux principes issus du droit des obligations et du droit de la consommation, les nouveaux rééquilibres conventionnels, la sanction des clauses abusives, amènent à repenser la pratique des baux commerciaux.

Dès lors, la présente étude a, ainsi, vocation à constituer un outil à destination des bailleurs et preneurs leur permettant, après une multitude de réformes, après la refonte du statut des baux commerciaux, et du régime général du droit des obligations, de « faire le point », par exemple, sur les pratiques, autrefois licites, que bailleurs comme preneurs ne peuvent désormais plus se permettre de conserver. D'autant que, désormais, « *au regard de la boulimie législative et réglementaire qui affecte cette discipline, comme bien d'autres* », « *au nom de la protection du consommateur* » ou du faible, on constate « *une insécurité juridique accrue, à raison de la complexité des textes, voire même de leurs contradictions* », ainsi que « *l'éparpillement des textes* » (code civil, code du commerce, code de la construction, code de la consommation, etc...). On peut, ainsi, bien souvent, passer « *plus de temps à chercher où se trouve le texte applicable qu'à tenter d'en comprendre le sens* »²⁴¹.

Depuis longtemps, et encore plus depuis ces derniers changements législatifs, « *qu'il s'agisse de l'avocat, du juriste d'entreprise, de l'enseignant ou du magistrat, tous sont désormais confrontés à des questions de niches juridiques plus ou moins compréhensibles, et certainement pas pour celui qui est censé ne pas ignorer la loi : le justiciable* »²⁴².

16. Problématique. – Ainsi, la question à laquelle nous allons tâcher de répondre tout au long de cette thèse est la suivante : **Comment appréhender, cerner, à l'heure actuelle l'équilibre du bail commercial ? Le droit des baux commerciaux, à l'heure actuelle, parvient-il à atteindre cet objectif ?**

17. Choix des axes de réflexion. – Selon Gaël Chantepie²⁴³, « *deux niveaux se chevauchent en permanence, suivant que l'équilibre est recherché au sein du contrat, ou au sein du droit des*

²⁴⁰ Peisse M., « un droit équitable ? », GP n°261, septembre 2010, p.3

²⁴¹ Peisse M., « Entretien avec Jean-Pierre FORESTIER », GP n°261, septembre 2010, p. 10

²⁴² Peisse M., « Un droit équitable ? », GP n°261, septembre 2010, p.3

²⁴³ Chantepie G., « la notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. N°10, Oct. 2016, dossier 6

contrats. Or, il n'est pas certain que le traitement juridique du déséquilibre réponde à l'objectif d'équilibre visé ». Par conséquent, il s'agirait peut-être de prendre note de deux éléments avant de déterminer nos deux axes de réflexion.

Premier élément, l'équilibre du bail commercial, par la prise en compte de différentes variables, de différents intérêts, d'un contexte bien particulier, peut exister à un instant précis. Une situation par nature déséquilibrée, peut s'avérer être pondérée par l'encadrement législatif, ou par la rédaction adéquate.

Deuxième élément, le bail commercial, équilibré à un instant donné, peut se retrouver déséquilibré d'un instant à un autre. L'équilibre ne pourrait dès lors être rétabli que par l'action, l'intervention d'une partie ou d'un tiers, ou la mise en œuvre d'instruments, de leviers, mis à la disposition de ceux-ci.

Nous choisissons donc de répondre à cette problématique en plaçant la **réflexion sous deux prismes différents**. Tout d'abord celui de la loi, c'est-à-dire du statut, mais également du droit commun avec la dernière réforme du droit des obligations qui concerne tous les contrats. Nous nous situons, dès lors, précisément dans **les fondements, l'esprit et surtout la volonté du législateur**. Ensuite celui du contrat, plus exactement de la convention initialement conclue par les parties. Nous nous plaçons alors directement dans **le rapport contractuel : la rédaction, le contenu, la cohérence, l'évolution de la collaboration et du contrat de bail commercial**.

18. En conséquence, pour répondre à cette problématique, notre réflexion s'articulera en deux parties qui correspondent respectivement aux « **fondements légaux de l'équilibre du bail commercial** » (**Partie 1**) et à la « **mise en œuvre conventionnelle de l'équilibre du bail commercial** » (**Partie 2**), deux parties inspirées par deux conceptions différentes de l'équilibre : l'une plutôt objective, et l'autre plutôt subjective.

19. Cette étude de l'équilibre, placée sous l'angle de la réforme, ne propose ni d'affirmer avec certitude que les solutions, récemment dégagées par la doctrine et la jurisprudence, doivent être tenues pour acquises, ni de bouleverser la pratique des baux commerciaux. Il s'agit simplement de réfléchir sur le droit actuel des baux commerciaux, au lendemain des réformes intervenues ces dernières années (2014-2018), afin d'envisager notamment de quoi celui-ci sera fait demain, puisque « *le passé doit conseiller l'avenir* »²⁴⁴.

²⁴⁴ Sénèque, « Les lettres à Lucilius », environ 64 après J.-C.

PARTIE 1 – Les fondements légaux de l'équilibre du Bail commercial

20. Equilibre objectif du bail commercial. – L'équilibre objectif du contrat est, à notre sens, celui recherché par le législateur. L'équilibre fondamental du bail commercial est, dès lors, celui de la loi, c'est-à-dire celui du statut mais également du droit commun. Il s'agit précisément, dans cette première partie, d'analyser dans les dernières réformes, et à la lumière des textes fondateurs de ce droit spécial, l'esprit et surtout la volonté du législateur.

« *La lutte contre le déséquilibre contractuel est souvent affichée comme un objectif du législateur* »²⁴⁵, et nous cherchons, ainsi, à comprendre comment ce dernier parvient à faire du bail commercial, un contrat équilibré. Nous considérons que celui-ci, de par notamment la nécessité de prendre en compte une multitude de variables et d'intérêts en jeu différents, procède de deux façons distinctes.

La première de celles-ci est fondée sur la difficulté d'assurer l'équilibre d'une situation par nature déséquilibrée. En principe, selon le dogme de l'autonomie de la volonté, le contrat doit être considéré comme étant équilibré dans la mesure, simplement, où il résulte de la volonté des cocontractants. Ce ne nécessiterait, en conséquence, aucun « *contrôle objectif de l'équilibre* ». Cependant, comme le relève Monsieur Benabent, « *certaines exceptions, inspirées par le souci d'imposer un minimum de justice contractuelle, se sont multipliées depuis qu'on a accepté l'idée qu'une partie est souvent en état de faiblesse* » et a « *été contrainte d'accepter un contrat trop déséquilibré* »²⁴⁶. Le bail commercial est l'une de ces exceptions. Nous verrons que ce contrat est, par nature, déséquilibré²⁴⁷ et nécessite, à ce titre, un contrôle législatif qui peut, parfois, porter atteinte à la liberté contractuelle.

La seconde est historique, et consiste à porter une attention, toute particulière, aux deux parties que sont le bailleur et le locataire. Celles-ci ne sont pas toujours égales, et il pourrait être dangereux de les laisser contractualiser, librement, selon leurs volontés respectives. Le législateur cherche, ainsi, à appréhender les parties, en tant que « personnes » dans le contexte contractuel. Cependant, jusqu'à présent, cette « philosophie » ne conduisit le législateur, historiquement depuis la création du statut des baux commerciaux, qu'à légiférer par « protectionnisme », ce qui pourrait, aujourd'hui, être remis en cause, à l'orée notamment de l'entrée en vigueur du « nouveau » droit des contrats.

²⁴⁵ Chantepie G., « La notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 6

²⁴⁶ Bénabent A., « Droit des obligations », 26 sept. 2017, Lextenso

²⁴⁷ cf infra n° 29 et s.

21. Afin d'analyser l'équilibre du bail commercial, par l'unique prisme de la loi, et donc de comprendre comment les dernières réformes ont cherché à maintenir celui-ci, il convient de développer cette première partie en deux titres : **l'encadrement de la liberté contractuelle justifié par l'équilibre du bail commercial (Titre 1)**, et **la prise en compte du profil des parties justifiée par l'équilibre du bail commercial (Titre 2)**. Il y aurait donc un cadre, d'une part, et une certaine adaptabilité, d'autre part.

Nous comprendrons, ainsi, quelles ont été les priorités du législateur et quelle a été son approche philosophique, et technique, de l'équilibre du bail commercial.

Titre 1 - L'équilibre du bail commercial par l'encadrement de la liberté contractuelle

22. « *Contrairement aux rengaines trompeuses, la libéralisation ne libère pas, (...) le contrat c'est l'insécurité, la loi la sécurité* »²⁴⁸. C'est la position, toujours actuelle, de Monsieur Barbier. C'est pourtant le praticien qui parle. N'appartient-il pas généralement plutôt au théoricien d'appeler à la sécurité, et plutôt au professionnel de regretter l'absence de marge de manœuvre offerte aux acteurs du droit ?

L'encadrement de la liberté contractuelle, dans le droit des contrats, comme dans le droit des contrats spéciaux, à l'heure du phénomène désormais bien connu de tous que l'on appelle « l'expansion du libéralisme », cette doctrine selon laquelle le système économique a davantage besoin de liberté et de responsabilité individuelle assumée, que d'encadrement rigidifié par un corpus législatif, c'est peut-être la « question- clef » à se poser actuellement.

23. En principe, « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »²⁴⁹. Cette phrase est tirée du nouvel article 1102 du code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations. Il ne s'agit pas d'un article isolé. Celui-ci témoigne de la volonté du législateur d'affirmer, de reconnaître que la liberté contractuelle est pièce maîtresse de notre droit des obligations.

Certes, le principe de la liberté contractuelle n'a jamais réellement posé de question. Il est en effet, et depuis fort longtemps, reconnu et non remis en cause. Il est d'ailleurs reconnu depuis quelques années comme étant un principe à valeur constitutionnelle²⁵⁰, ce qui est à souligner tant la position contraire avait longtemps été la position de rigueur de nos juridictions. Notamment lorsque le Conseil Constitutionnel, dans une décision de 1994²⁵¹, affirma que la liberté contractuelle n'était protégée par aucune norme constitutionnelle, et qu'il n'y avait pas de principe de liberté contractuelle.

²⁴⁸ Barbier J.-D., « Stratégies disruptives : simplifiez-nous le cross canal », GP n°26, juillet 2017, p.46

²⁴⁹ C. civ. Art. 1102, codifié par la loi n°1804-02-07, Modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

²⁵⁰ Ghuestion J., « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », JCP G. n° 37, Sept. 2013

Barbier H., « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », RTD civ. 2013. 832, 30 décembre 2013

²⁵¹ Cons. const. 3 août 1994, n° 94-348 DC.

A cette époque, se développait également la thèse de la « *crise du contrat* »²⁵², thèse déjà défendue dans les années soixante, selon laquelle l'atteinte faite à la liberté contractuelle annonçait tout simplement la mort du contrat. Cette thèse trouvait sa justification notamment dans le fait que les dérogations et les exceptions à la liberté contractuelle s'étaient considérablement multipliées.

Toutefois, force est de constater que cette « *fin annoncée* » du contrat ne s'est jamais produite et ce, malgré le désir d'encadrement du législateur par de nombreux statuts spéciaux évoqués précédemment. Certains auteurs pensent même que le début du vingtième siècle marque tout au contraire le début d'une « *crise inverse* »²⁵³. Crise inverse dans laquelle la vision globale, solidariste, contestée par les courants progressistes y voyant une atteinte aux principes fondamentaux des droits de l'homme, pousse probablement à repenser notre vision rigide du droit des contrats, et à réaffirmer l'importance du consensualisme pour offrir davantage de souplesse aux acteurs économiques.

24. Pourtant, quand le législateur intervient dans la loi des parties, a priori « contre » la liberté contractuelle, que ce soit par l'édiction de normes impératives, et la mise en place de statuts d'ordre public, celui-ci le fait généralement pour justement réattribuer à la partie dominée la totale liberté que les abus de l'autre partie rendaient impossible.

Est-ce anodin que ce soit seulement en 2016 que la liberté contractuelle fasse son entrée dans le code civil ? N'est-ce pas la traduction d'un phénomène qui va beaucoup plus loin que la simple insertion d'une nouvelle définition légale ? En effet, si l'ordonnance cherche avant tout à répondre à un impératif de simplification, volonté affirmée par le gouvernement notamment dans le rapport au Président de la République²⁵⁴, elle se place également dans le courant économique de la réaffirmation de la liberté contractuelle.

Dès lors, aujourd'hui, comment ne pas s'interroger, à nouveau, sur la véritable importance de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux (**Chapitre 1**) ? Nous verrons que celle-ci, certes encadrée par le législateur, est de principe. La question, jusqu'à présent, n'était

²⁵² Jamin C. « La nouvelle crise du contrat », collection Actes, thèmes et commentaires, E.D., 30 janvier 2003

Battifol H., « La "crise du contrat" et sa portée », Archives de philosophie du droit, Sirey, 1968, p. 13-30

²⁵³ Jamin C., *ibidem*

²⁵⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25

pas relative à son existence mais à sa coordination, équilibrée, avec la réglementation²⁵⁵ impérative. La liberté contractuelle est toujours présente dans le statut des baux commerciaux mais cet équilibre semble évoluer, de manière constante, dans un sens favorable à la mise à l'écart de la liberté contractuelle (**Chapitre 2**).

²⁵⁵ Kenfack H., « Liberté contractuelle et réglementation en matière de bail commercial : quel équilibre ? », AJDI 2014. p.89

Chapitre 1 - L'importance de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux

25. Comme le soulignent régulièrement les auteurs, en ce qui concerne la place de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux, la question qui se pose réellement est celle relative à la coordination entre les règles impératives du statut et la liberté contractuelle.

Dans la pratique, tout comme quelques fois en doctrine, on a fort souvent mélangé deux choses : le contrat et le statut. Comme le souligne le Professeur Monéger²⁵⁶, le terme de « *contrat-statut* » a notamment été employé. A tort selon lui. Cela reviendrait en effet à négliger l'importance de la rédaction du contrat.

Cela reviendrait également à considérer que la loi des parties n'a pas sa place dans le statut des baux commerciaux. Les cocontractants signeraient un contrat, mais ce ne serait pas réellement ses termes qui les lieraient : ce serait uniquement le statut. Cela conduirait donc à penser que le signataire du bail commercial n'aurait à se soumettre qu'au seul statut.

Cela est tout simplement faux. Certes, certains tempèreront. En effet, la lecture de ce chapitre, et plus globalement de cette thèse dans son entier, ne permettra probablement pas d'affirmer la véracité de l'importance du consensualisme dans la pratique des baux, notamment après avoir pris connaissance du contenu et des apports des dernières réformes : certains continueront de relativiser cette importance.

Pourtant, à la création du statut en 1953, comme aujourd'hui encore, la liberté contractuelle existe dans le domaine des baux commerciaux. Elle est encadrée, certes (**SECTION 1**), mais la rigidité du statut est bien souvent écartée (**SECTION 2**).

SECTION 1 - UNE LIBERTE CONTRACTUELLE, ENCADREE, POUR MAINTENIR UN EQUILIBRE FONDAMENTAL

26. Quelle est la place accordée à la liberté contractuelle, au consensualisme, dans le droit des baux commerciaux ? Elle est indéniablement et fortement présente. Mais elle est limitée

²⁵⁶ Monéger J., « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle » AJDI 2000. 484

par ce qu'on appelle l'ordre public. Nous verrons, comme l'exprime si bien Monsieur Andrich, que « *entre liberté contractuelle et ordre public, c'est souvent un travail d'équilibriste* »²⁵⁷.

Ces dernières années, les auteurs notaient un certain recul du statut des baux commerciaux face à la liberté contractuelle²⁵⁸. En effet, en matière commerciale, celle-ci a une place prépondérante (*Paragraphe 1*). Néanmoins, afin de protéger le locataire, dès la création du statut, un certain nombre de dispositions ont été stipulées d'ordre public (*Paragraphe 2*). Cet ordre public semble avoir été renforcé.

Paragraphe 1- La place laissée au consensualisme dans la pratique des baux commerciaux

27. Eu égard aux spécificités de la matière, la liberté contractuelle apparaît justifiée dans la pratique des baux commerciaux (A). Celle-ci est, par ailleurs, bien effective (B).

A) Justification de la liberté contractuelle dans le bail commercial

28. Un débat ancien. – La justification de la liberté contractuelle dans la pratique et le droit des baux commerciaux est un débat qui ne date pas d'hier. Dès le départ, avant même le statut de 1953, au moment des premières codifications opérées autour de la propriété commerciale²⁵⁹ notamment, s'est posée la question suivante : doit-on avoir un droit des baux purement conventionnel, ou un droit directif encadrant strictement la liberté contractuelle ?

Le débat s'est ouvert dès l'admission de la nécessité de protéger le fonds de commerce du commerçant des manœuvres parfois, voire très souvent, abusives du propriétaire du local. Dans ce rapport de force où seule l'une des parties, placée en position de supériorité, pouvait imposer à l'autre une exigence quelconque, la pertinence d'une liberté contractuelle « totale » semblait à remettre en cause.

Rester dans les lieux, y maintenir son activité, à défaut d'être force de proposition, et d'arriver à insérer une clause dans le contrat le prévoyant, cela était tout à fait interdit au locataire. Il développait son activité, faisait grimper la valeur du fonds exploité, et cela bénéficiait au bailleur, propriétaire, qui pouvait changer de locataire comme bon lui semblait, sans avoir à payer la moindre indemnisation.

²⁵⁷ Andrich I., « Baux commerciaux : analyse et portée de la jurisprudence », *Defrénois* n° 31-33, décembre 2017, p.40

²⁵⁸ En ce sens, Seïdalgadi A. obs. sous Cass. 3^e civ., 14 novembre 2007, PA n°118, 13 juin 2008, p.25

²⁵⁹ Le début du XXe siècle, avec les lois sur le fonds de commerce, à savoir vente et nantissement, déjà évoquées dans cette thèse.

Comme le souligne le Monsieur Monéger, le statut n'était pas né et l'on critiquait déjà la liberté contractuelle²⁶⁰. Octroyer aux parties la liberté, c'était en fait l'offrir uniquement au bailleur. En revanche, l'encadrer c'était protéger la partie faible dans le rapport contractuel. Aussi, le législateur préféra non pas une liberté contractuelle, mais une liberté contractuelle encadrée par un ordre public statutaire. Et c'est donc de la farouche méfiance à l'égard de la liberté, qu'est né le statut prévoyant un principe de liberté ... La différence est subtile.

Pourquoi la liberté contractuelle y a donc-t-elle sa place ? Pourquoi a-t-on besoin d'un statut ? En fait ces deux notions sont indissociables l'une de l'autre. Selon nous, le statut n'est pas à considérer comme une limitation faite par le législateur à la liberté. La liberté quant à elle n'est pas incompatible avec l'encadrement. Le statut c'est simplement l'ensemble des principes, des règles fondamentales que les parties ne peuvent écarter.

Ces fondements que le législateur a choisi d'imposer aux parties, inutile donc de les prévoir au contrat, ils s'appliqueront même à défaut d'avoir été envisagés par les parties. C'est cela qui a fait apparaître cette notion de « contrat-statut » que nous évoquions précédemment. Pour Monsieur Monéger, *« il y a alors unité substantielle entre le statut et le contrat, l'un donnant à l'autre ce qui lui est indispensable dans l'ordre juridique, l'un retirant à l'autre ce qu'il est permis de ne pas choisir, ce qu'il est interdit de ne pas adopter »*²⁶¹.

29. Deux facteurs démontrant le déséquilibre du bail commercial. – Pour aller plus loin, et en étudiant un peu plus le rapport qui unit bailleur et preneur, il faut également souligner que par deux facteurs de base²⁶², le bail commercial ne peut être totalement équilibré.

Tout d'abord, un premier facteur juridique est à mettre en lumière. Assurément, le bailleur est propriétaire de l'immeuble (ou du local) et possède tous les droits sur celui-ci, à savoir : droit réel attaché au bien, droit d'en percevoir les fruits, et droit de disposer du bien. Dans les faits, c'est donc lui qui, dans un premier temps, rédigera le plus souvent le contrat. En effet, le bailleur supporte de nombreuses contraintes de par sa situation de propriétaire, obligations administratives, obligations légales, obligations fiscales, contraintes émanant de la copropriété, etc... De plus, c'est lui qui va proposer la location de son immeuble sous le respect de certaines

²⁶⁰ Monéger J., « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000, 484

²⁶¹ Ibidem

²⁶² Planckeel F. « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 5

obligations auxquelles le locataire devrait se soumettre. A ce titre Monsieur Planckeel²⁶³, va même jusqu'à dire que le bailleur rédige le contrat de bail commercial, comme il rédigerait un règlement intérieur.

Plus que juridique, ce premier facteur est « structurel »²⁶⁴. En effet, bien que régi par le statut des baux commerciaux, ou par le droit des contrats, le contrat de bail commercial est particulièrement imprégné par le droit des biens, beaucoup plus matériel. Les droits réels du bailleur, précédemment cités en sont le premier exemple. Mais de manière large, c'est bien la raison d'être du bail commercial qui montre le déséquilibre initial. L'objet du contrat c'est le local commercial, donc le bien immeuble propriété du bailleur.

Si le bailleur cherche à en obtenir le fructus, c'est-à-dire à obtenir un loyer, le preneur, en acceptant de payer celui-ci, cherche uniquement à exploiter, ou faire exploiter, le fonds de commerce dont il est propriétaire. Ainsi, comme l'explique certains auteurs²⁶⁵, le bail commercial est avant tout un acte de disposition. On comprend donc parfaitement pourquoi le bailleur est considéré, dans l'esprit général, comme étant la partie qui rédige le contrat. Le statut a donc vocation à apporter les solutions permettant de prendre en compte la réalité de ces deux biens différents que sont le local, bien immeuble, et le fonds de commerce, bien incorporel.

Néanmoins, ce premier facteur juridique et structurel doit également être précisé. Il s'agit en effet de ne pas affirmer que le bailleur se trouvera, systématiquement, détenir tous les droits attachés à l'immeuble. Il faut bien avoir à l'esprit que ce n'est pas toujours le cas : les pouvoirs de « *décisions relatives à la vie du bail commercial* » peuvent être conférées à un mandataire. Précisons, toutefois, que dans pareille situation « *le mandat donné aux intermédiaires immobiliers doit toujours énoncer ce qu'ils ont pour mission d'accomplir, le mandataire ayant interdiction d'aller au-delà des termes du mandat* »²⁶⁶, en application de l'article 1989 du code civil. Le mandat sera invariablement interprété de manière restrictive devant les tribunaux²⁶⁷.

Une analyse similaire doit être faite s'agissant du cas de démembrement de propriété. Il se peut en effet que l'usufruit confère à son titulaire le droit d'utiliser et de percevoir les revenus d'un bien. Ce dernier sera certes bailleur, mais un bailleur ne pouvant conclure de bail commercial sans l'autorisation d'une seconde personne : le nu-propriétaire. Celui-ci détient en effet le droit

²⁶³ Planckeel F., *ibidem*

²⁶⁴ Planckeel F. « L'incidence des biens sur les baux commerciaux », *Loyers et Copropriété* n°10, Octobre 2017

²⁶⁵ Viatte J. « Le bail, acte de disposition », *RDL* 1970, p. 125

²⁶⁶ Dumont-Lefrand M.-P., in « *Droit et pratique des baux commerciaux 2018/2019* », 5e édition

²⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, n° 06-14.238, Non publié au bulletin

de disposer du bien immobilier. Dans cette mesure, « *pour des motifs de protection* »²⁶⁸, l'usufruitier « *ne peut conclure seul des baux de cette nature, et doit obligatoirement obtenir le concours du nu-propiétaire* »²⁶⁹. A défaut de respecter cette règle, l'usufruitier s'expose à ce que le nu-propiétaire soulève la nullité, relative, de l'acte. Dans pareille situation, le bailleur ne « *peut passer seul les actes d'administration en relation* »²⁷⁰ avec l'immeuble.

Ensuite, il y a également un facteur économique à prendre en compte. « *Le bail commercial lui-même émerge en tant que bien, car il peut avoir une valeur importante et être cédé séparément du fonds* »²⁷¹. Et cette valeur est incontestablement conditionnée par l'emplacement géographique de l'immeuble. En effet, le commerce est actuellement concentré sur des hypercentres, des centres commerciaux, ou des espaces géographiques où la demande est supérieure à l'offre. Le bailleur est de fait placé en position de supériorité dans le jeu de la négociation, ce qui pousse, bien souvent, le locataire à renoncer d'une part à certaines clauses qu'il souhaitait se voir consentir et qui, à la base, étaient capitales pour sa parfaite exploitation et, d'autre part, à en accepter d'autres qui peuvent s'avérer être de vrais handicaps dans celle-ci.

30. Remise en cause du profil historique des parties. – Aujourd'hui, il s'agit de se demander si les deux facteurs historiques, exposés précédemment, sont toujours d'actualité. Selon l'approche fondée sur ceux-ci, la location commerciale est donc, par nature, une situation déséquilibrée. On en revient finalement au stéréotype historique selon lequel le bailleur est fort, puissant, malintentionné, et le locataire faible, impuissant, et non respecté. Or, en 2018, le profil du preneur nous paraît devoir être repensé.

Dans ce nouveau débat, c'est la notion de « professionnel », ou de « non-professionnel », qui ressurgit. La théorie développée historiquement par le législateur, nous l'avons rappelée en début de thèse, c'est que le bailleur est instruit, c'est-à-dire au fait de la loi, et le preneur totalement ignorant de ce que son bailleur a le droit, ou non, de faire. En ce sens, l'un pouvait être considéré comme étant « professionnel » et l'autre pas. Un bailleur puissant et un preneur abusé en position d'infériorité : cette approche nous apparaît devoir être remise en question.

D'une part, les notions même de « professionnel » ou de « non-professionnels » doivent désormais être envisagées avec la définition apportée par le droit de la consommation. En effet,

²⁶⁸ Ruet L. « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

²⁶⁹ Dumont-Lefrand M.-P., *ibidem*

²⁷⁰ Ruet L., *ibidem*

²⁷¹ Planckeel F., *ibidem*

la loi du 21 février 2017²⁷² a redéfini le « non-professionnel » comme étant « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ». Cette nouvelle définition, reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation relative à cette notion, selon les auteurs, « *aboutit à élargir la catégorie de non-professionnel* »²⁷³. Nous y voyons une certaine complémentarité avec la distinction qui est faite, par la Cour de cassation notamment, entre un bailleur dit « institutionnel » et un bailleur « non professionnel de l'immobilier ». De nombreux, bailleurs peuvent ainsi être considérés comme étant non-professionnels.

D'autre part, la « *mutation du commerce français a (eu) un impact sur l'immobilier* »²⁷⁴ ce qui, selon nous, a créé un nouveau rapport de force qui n'est plus toujours semblable à celui de 1953, c'est à dire à l'époque des petits commerçants de proximité. Il nous paraît incohérent, à titre d'exemple, que le gérant d'une grande firme louant un immeuble à usage commercial, et faisant appel à une dizaine d'avocats spécialisés dans les baux commerciaux soit surprotégé car « *présumé en position de faiblesse* » face à un bailleur qui se trouverait correspondre, en tout point, au « bailleur non professionnel ».

Dans le monde libéral actuel, celui de la liberté du marché, les pouvoirs de négociation semblent avoir été rééquilibrés. Depuis le milieu du siècle dernier, un changement global est intervenu dans les centres villes : « *les banques, agences immobilières, grandes marques de vêtements fleurissent au détriment des magasins traditionnels. D'où la tendance à l'uniformisation des centres villes* »²⁷⁵. On assiste donc à la raréfaction des petits boutiquiers, et au remplacement de ceux-ci, par exemple, par des boutiques franchisées, des agences, ou encore des grandes enseignes internationales. Cette substitution a permis l'émergence d'un nouveau type de preneur, que nous choisissons volontairement d'appeler le « preneur professionnel ». Sans oublier le fait que, désormais, rares sont les locataires pouvant se permettre de solliciter l'aide d'un conseil juridique, et souhaitant s'en passer.

31. Un contrat négocié. – Conséquence de cette mutation, le bail commercial est aujourd'hui devenu un contrat négocié, parfois même longuement, ce qui permet à la liberté contractuelle de retrouver de sa superbe dans le cadre des négociations. Néanmoins,

²⁷² Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, article 3

²⁷³ En ce sens, Delpech X., « Une nouvelle définition pour le non-professionnel », AJ contrat 2017, p.100

²⁷⁴ Rispe F., « La mutation du commerce français a un impact sur l'immobilier », Business Immo, Actualité, Logistique, 20 mars 2018

²⁷⁵ Faucon N., « Ces loyers qui affolent les commerçants », La Voix du Nord, éd. 28-05-09

conséquence des deux facteurs juridiques et économiques²⁷⁶, exposés précédemment, « *l'équilibre ne peut pas, malheureusement, résulter de la seule liberté contractuelle* »²⁷⁷. Le législateur est dans l'obligation d'intervenir, d'encadrer cette liberté contractuelle, faire en sorte qu'elle ne donne pas lieu à des dérives, des abus de celui qui est placé en position de supériorité dans le rapport contractuel, et que la situation reste équilibrée malgré « *l'asymétrie de puissance économique* »²⁷⁸.

B) Cas concrets de liberté contractuelle autorisée dans le bail commercial

32. Le « droit des parties ». – Au sein du statut créé par le décret du 30 septembre 1953, certaines dispositions sont d'ordre public, ce qui signifie que les parties ne peuvent y échapper²⁷⁹. Mais en dehors de celles-ci, la liberté contractuelle permet au bailleur et au locataire de négocier et prévoir dans leur contrat des clauses favorables à l'un ou à l'autre. Evidemment, il faut tout de même que les parties respectent le droit tiré de la jurisprudence et se tiennent informées des nouvelles obligations légales. On pense par exemple aux documents à annexer au contrat de bail, tels que les différents diagnostics, les états prévisionnels, l'état des lieux, etc...

Comme le souligne fort justement Monsieur Monéger, de manière fort paradoxale le statut a en fait un rôle « *d'organisateur de la liberté contractuelle* »²⁸⁰. Cela signifie que c'est réellement le statut qui offre des possibilités de consensualisme. Le contrat de bail commercial est réellement, et fondamentalement, la loi des parties.

Nous pourrions nous risquer à aller plus moins, et à grossir le trait, en disant qu'en quelque sorte le droit des baux commerciaux est le droit des parties. En effet, au fil des années, ce sont les co-contractants, les praticiens, les rédacteurs qui en rédigeant les contrats, en les adaptant au contexte particulier des parties, en se pliant aux exigences de l'une d'elles, parfois en se trompant, en prévoyant des clauses interdites ou qui le seront, ont permis à la jurisprudence de prendre de l'importance, et au droit des baux commerciaux de se préciser.

Ne pas s'adapter au contexte des parties, à leurs activités, à leurs impératifs respectifs, ce serait standardiser les contrats. Considérer qu'on ne peut stipuler autre chose que ce qui est prévu

²⁷⁶ Supra n° 29

²⁷⁷ cf Planckeel F., « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 5

²⁷⁸ Chantepie G., « la notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 6

²⁷⁹ Infra n°34 et s.

²⁸⁰ Monéger J., « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000, 484

dans le statut serait céder dangereusement à la facilité. Assurément la tâche est plus ardue lorsqu'il s'agit de rédiger aux mieux pour chacune des parties, en ne se contentant pas de recopier les formules tirées de manuels ou de sites dématérialisés. Selon Monsieur Monéger, si ces formules offrent l'intérêt *« de mâcher le travail du rédacteur »*, en revanche *« elles peuvent avoir aussi un effet anesthésiant ou aveuglant. En notre domaine où la sagesse, compte tenu des enjeux financiers sur la durée, devrait faire que les rédacteurs des baux devraient tous être des juristes avertis, le phénomène de confusion entre le modèle informatif et le statut contractuel impératif est trop souvent constaté »*²⁸¹.

33. Une multitude de clauses négociées. – Nombreuses sont les clauses librement négociées par les parties au moment de la rédaction du contrat de bail commercial. Comme le souligne Madame Auque, *« des pans entiers du droit des baux commerciaux relèvent de la liberté contractuelle, tels les droits et obligations des parties »*²⁸².

La durée en premier lieu, puisque que si celle-ci est certes au minima de neuf ans, rien n'interdit de contractualiser pour une durée supérieure, pour dix ans ou même plus. Cela s'avère même être très souvent judicieux pour le bailleur.

Ensuite, la valeur du loyer initial évidemment. Si au cours du bail l'encadrement du loyer, et de sa variation, est plus strict, celle-ci est fixée librement, d'un commun accord, par les parties en début de bail. Les parties ont, par exemple, la possibilité de prévoir un loyer fixe ou variable, un loyer à paliers.

Mais nous pourrions citer encore, la destination des lieux, la propriété des travaux, la possibilité de sous-louer ou céder le bail, le transfert de certaines charges, ... Nous constatons donc une grande liberté contractuelle, si bien que, d'ailleurs, et contrairement à ce que l'on peut penser, *« bien souvent ce n'est qu'à raison d'une rédaction incertaine ou défailante que la convention telle qu'elle a été souhaitée n'est pas reconnue par les tribunaux »*²⁸³ et non pas uniquement pour sanctionner le non-respect des textes.

En revanche, en vertu des articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce, dont nous verrons que la fonction est de répertorier tous les articles d'ordre public du statut²⁸⁴, les parties

²⁸¹ Ibidem

²⁸² Auque F. « Les particularités d'application du régime des BC dans les centres commerciaux », RDI n°6, 2007, p.497

²⁸³ Blatter J.-P. « L'ordre public du statut des baux commerciaux », AJDI 2003, p.396

²⁸⁴ cf infra n° 39

ne peuvent jamais chercher à « faire échec », au droit au renouvellement du locataire, à sa faculté de résiliation triennale, aux textes encadrant les régimes juridiques du dépôt de garantie, de la clause résolutoire, de la révision légale du loyer, et de la déspécialisation. Les parties ne peuvent pas non plus prévoir une clause interdisant au locataire « *de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise* »²⁸⁵.

Cela n'enlève rien à la grande marge de manœuvre qui est laissée aux parties dans la rédaction de leur bail commercial. Selon Monsieur De la Vaissière²⁸⁶, « *le surplus relève de la libre convention des parties (loyer, sous-location, obligations respectives, etc.)* » et il s'agit, même selon nous après les dernières réformes qui seront étudiées tout au long de cette thèse, de ne jamais négliger la rédaction des clauses du bail initial. Tout comme Madame Auque, et Monsieur Blatter, il souligne la toujours très grande liberté contractuelle, en rappelant qu'il n'y a pas de règles supplétives spéciales pour ce qui ne relève pas de l'ordre public partiel, et qu'il existe le principe d'intangibilité du bail commercial, c'est-à-dire en principe la non-immixtion du juge dans le contenu du contrat.

Toutefois, réaffirmer le principe d'intangibilité du contrat, et donc celui de la liberté contractuelle, par la simple souvenance du principe de non-immixtion du juge, nous apparaît désormais discutable au vu de ce que le législateur semble vouloir mettre en place, notamment au regard des dernières réformes touchant au droit commun du contrat.

L'interrogation naît notamment de la dernière réforme du droit des obligations, ratifiée au mois d'avril 2018²⁸⁷, qui permet au juge d'intervenir, modifier ou mettre fin au contrat des parties, lorsque par exemple son exécution est devenue trop onéreuse²⁸⁸. Reste à savoir si une pareille disposition pourrait trouver application en droit des baux commerciaux. La question de la remise en cause du principe d'intangibilité, pour le bail commercial, n'est donc pas encore tranchée.

²⁸⁵ Blatter J.-P., *ibidem*

²⁸⁶ De La Vaissière F., « Inventaire subjectif des pièges à redouter dans les baux réglementés », AJDI 2017, p. 99

²⁸⁷ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

²⁸⁸ C. civ. Art. 1195 en vigueur au 1^{er} octobre 2016 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Or, Monsieur De la Vaissière, en fin stratège, invite le rédacteur de bail commercial à être tout particulièrement vigilant et désireux de négocier la rédaction de trois clauses précises : la clause d'accession ; la clause d'indivisibilité ; la clause prévoyant une durée de contrat supérieure à neuf années, clause permettant le déplaçonnement ou encore l'interdiction faite au locataire de partir avant six années.

Déjà, on perçoit que la rédaction du bail commercial est avant tout stratégique pour le bailleur. Il s'agira tantôt de faire en sorte, par contractualisation, que les règles dites « supplétives » ne s'appliquent pas, tantôt d'échapper à une obligation impérative. En effet, nous verrons²⁸⁹, qu'en fonction de ce qu'il négociera, et de qui sera stipulé au contrat, le bailleur pourra dans certains cas échapper aux règles qui ne sont pas stipulées d'ordre public.

Monsieur Blatter, voyait la relation unissant ordre public et liberté contractuelle comme « *un couple qui se disputerait comme si l'un tentait d'absorber l'autre en l'éliminant* »²⁹⁰, c'est ce que nous allons voir désormais.

Paragraphe 2- La place laissée au consensualisme limitée par un ordre public statutaire

34. « *L'habituel défaut de l'homme est de ne pas prévoir l'orage par beau temps* »²⁹¹. Doit-on cette citation de Machiavel aux études de droit qu'il a poursuivies ? Celui-ci aurait, à n'en pas douter, tout compris à l'intérêt de prévoir un ordre public statutaire.

L'ordre public statutaire a un rôle très important en ce qui concerne l'équilibre dans la convention unissant bailleur et preneur. Il en est le garant, lorsque la volonté d'une partie va contre l'intérêt de la deuxième. C'est en effet, selon Monsieur Monéger, « *de la critique des excès de liberté qu'est né ce qu'il est convenu d'appeler le statut des baux commerciaux* »²⁹².

Selon Monsieur de la Vaissière, « *dans un pays de tradition dirigiste où, de surcroît, le secteur du logement s'est trouvé perpétuellement en crise* » il apparaît tout à fait normal et logique que les baux commerciaux n'échappent pas « *à cet interventionnisme permanent et durable, marqué par le besoin de contrarier le libre jeu d'un marché naturellement porté au déséquilibre* »²⁹³.

²⁸⁹ Infra n° 52

²⁹⁰ Blatter J.-P., « L'ordre public du statut des baux commerciaux », AJDI 2003, p.396

²⁹¹ Niccolò Macchiavelli (Nicolas Machiavel), est un penseur italien de la Renaissance, théoricien de la politique, de l'histoire et de la guerre qui a reçu une éducation humaniste (Antiquité grecque et surtout romaine) et a fait des études de droit.

²⁹² Monéger J. « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000, p.484

²⁹³ De La Vaissière « L'ordre public dans les conventions locatives », AJDI 2005, p.366

Ainsi, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. Ce principe est posé par l'article 1102 du code civil. Dans son lexique juridique, Gérard Cornu définit l'ordre public comme « *une norme impérative, dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions* »²⁹⁴. Il s'agit donc d'une première limite au principe de la liberté contractuelle. Le fait que le législateur ait opté pour un statut basé sur le principe de l'ordre public, traduit sa première volonté de protection du fonds, de protection de l'exploitant locataire. L'ordre public en est son tout premier outil, il est le tout premier garant de l'équilibre du bail commercial.

Sébastien Regnault fait fort justement remarquer²⁹⁵ qu'il y a désormais une grande différence entre « *la matière des baux commerciaux* » et les dernières réformes. En effet, en comparaison de l'ordre public de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, celui des baux commerciaux paraît beaucoup plus omniprésent, aux dépens de la liberté contractuelle selon Monsieur Regnault. Il affirme aussi : « *Telle la ligne Maginot, il est censé protéger le preneur contre les assauts contractuels du bailleur. La matière des baux commerciaux paraît actuellement prise de passion pour l'ordre public, sans craindre de figer encore un peu plus la liberté contractuelle* ».

L'ordre public ne paraît pourtant pas chose démodée puisque l'importante loi Pinel du 18 juin 2014 réformant le statut des baux commerciaux a, une nouvelle fois, cherché à solidifier cet ordre public statutaire **(B)**. Il s'agit d'étudier celui-ci **(A)**, avant de voir si, réellement, celui-ci amoindrit la liberté contractuelle dont jouissent bailleurs et preneurs.

A) L'ordre public du statut des baux commerciaux

35. Si l'ordre public, du statut des baux commerciaux, apparaît être un ordre public de protection **(1)**, nous trouvons particulièrement notable que celui-ci apparaisse comme étant non impératif **(2)**. « Non impérativité » et « ordre public » apparaissent pourtant, à première vue, incompatibles.

1- Un ordre public de protection

36. Ordre public de protection et ordre public de direction. – Il est nécessaire de distinguer ordre public de direction et ordre public de protection. L'ordre public de direction a

²⁹⁴ Cornu G. « Vocabulaire juridique », PUF, 11ème édition, 2016

²⁹⁵ Regnault S. « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », Loyers et copr. n° 12, décembre 2017, étude 12

pour objet de protéger les intérêts généraux de la collectivité, notamment à travers la protection de la sécurité ou de la santé publique. En revanche, l'ordre public de protection a pour objet de protéger une partie déterminée, il s'agit en général d'une partie faible, comme un consommateur, plus généralement un non professionnel, ou encore un locataire vis-à-vis du bailleur.

37. Une qualification ancienne d'ordre public de protection. – La jurisprudence a déjà eu l'occasion d'étudier l'ordre public du statut des baux commerciaux, avant la loi Pinel, et de considérer que ce dernier était de protection²⁹⁶. C'est depuis longtemps, selon Monsieur Monéger²⁹⁷, « *la ligne traditionnelle* » du statut qui veut notamment « *que le preneur en a le bénéfice* », ce qui transforme presque « *la norme protectrice en une norme dogmatique et intangible* ».

38. Cependant, en doctrine, la position est nettement moins marquée. D'autant plus que la plupart des auteurs rappellent que la protection est en principe l'objectif de tout ordre public, et que c'est donc en toute logique que le locataire en bénéficie²⁹⁸. Cet esprit, de la protection indifférente à l'identité du « protégé », est présent dans la réforme du droit des contrats de 2016.

Néanmoins, nous pourrions proposer une autre thèse qui consisterait à voir dans l'intention de protéger uniquement la partie dite « faible » une philosophie, et donc à distinguer ordre public de protection et ordre public de direction selon l'objectif de la loi, ce que nous décelons particulièrement dans la loi Pinel de 2014.

39. Un ordre public parcellaire. – De nombreux auteurs jugent, désormais, dépassé de faire une distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction s'agissant du bail commercial. En effet, il serait beaucoup plus pertinent de s'intéresser au caractère parcellaire de cet ordre public, puisque le statut des baux commerciaux n'est pas entièrement d'ordre public. Seuls certains articles le sont, et ceux-ci sont en principe inscrits aux articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce.

En vertu de ces deux articles, en principe, « *en l'absence de toute disposition contractuelle, le statut des articles L. 145-1 à L. 145-60 et R. 145-1 à R.145-38 constitue donc la réglementation*

²⁹⁶ Rouquet Y., obs. sous Cass. 3^e civ. 4 mai 2006, pourvoi n° 05-15.151, Bull. civ. III, no 110, AJDI 2006, p. 736

²⁹⁷ Monéger J. « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 8

²⁹⁸ Dumont-Lefrand M.P., in « Baux commerciaux », Encyclopédie Dalloz : Rép. com.

minimale obligatoire »²⁹⁹. Cette réglementation statutaire « minimale » pourrait également recevoir la qualification de « noyau dur » de l'ordre public du statut, celui-ci ayant pour mission de pallier l'imprécision des contrats de baux commerciaux, et la négligence de leurs rédacteurs³⁰⁰ qui n'ont pas, au préalable, pris connaissance de la réglementation du statut, ou qui n'ont pas souhaité faire appel à un professionnel à cet effet.

Le statut vient compléter les vides, les lacunes laissées par les parties, afin d'encadrer au mieux leur relation, voire d'en assurer l'équilibre. Dès lors deux fonctions sont à distinguer : l'ordre public doit prescrire des règles pour lesquelles on ne peut prévoir autrement, et fixer des règles dans le cas où les parties n'auraient pas cherché à user de leur liberté contractuelle. Ce deuxième cas de figure correspond aux règles supplétives : « *le statut n'est pas impératif, il n'est que le fruit de l'absence de volonté. Ne pas l'évincer, c'est en quelque sorte, et paradoxalement, l'adopter* »³⁰¹.

Ainsi, lorsque certains praticiens peuvent parfois s'adonner à critiquer l'omniprésence de l'ordre public dans le statut des baux commerciaux, considérant celui-ci comme étant une atteinte faite à la liberté contractuelle, et une source de sclérose économique, nous considérons que la réalité est toute autre : le statut peut parfaitement être compatible avec la loi des parties. Selon nous, le premier défaut du statut tiendrait même plutôt à l'imprécision de certaines de ses dispositions, et parfois, malgré sa grande complexité, au vide législatif dans certains cas ignorés par le législateur.

La sécurité juridique, la survie du statut passe incontestablement par un ordre public solide. Le statut aurait d'ailleurs pu être beaucoup plus directif en comparaison de ce qui se fait, notamment, en matière de bail d'habitation.

2- Un ordre public non impératif

40. Nous faisons, précédemment, état d'un ordre public de « protection », et d'un ordre public de « direction ». Cette distinction nous semble, parfois, inadaptée s'agissant du statut des baux commerciaux. Nous regrettons que ne soit pas mis plus en avant le fait que, contrairement à d'autres droits voisins, l'ordre public des baux commerciaux est surtout « non impératif ».

²⁹⁹ Blatter J.-P., « Traité des baux commerciaux », 6^e éd., Référence juridique, Ed. Le Moniteur

³⁰⁰ cf Monéger J., « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000. 484

³⁰¹ Ibidem

41. Eclairage apporté par le droit comparé. – Pour développer la réflexion sur la « non-impérativité » du statut, on peut citer l'exemple de l'ordre public belge³⁰². En effet, la législation belge fait une différence assumée entre loi d'ordre public et loi d'ordre public impératif, ce qui revient à affirmer que l'ordre public n'est pas impératif. Le droit belge pose clairement comme principe le fait que « *n'est d'ordre public que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles reposent l'ordre économique ou moral de la société* »³⁰³. En définitive, l'application de la règle s'impose quelle que soit la situation, en vertu des intérêts collectifs et économiques qui dépassent ceux des simples parties.

Dans la hiérarchie belge de « l'impérativité », on retrouve, sous l'ordre public, l'ordre public « impératif », l'ordre public « supplétif » puis l'ordre public « contractuel », c'est-à-dire issu de la liberté contractuelle des parties. L'ordre impératif est moins fort que l'ordre public, dans le sens où il s'impose aux parties, mais que la partie dite « faible », celle qui est protégée par l'ordre public impératif, peut choisir d'y renoncer.

42. Comparaison avec le bail rural. – S'il est en effet intéressant pour juger de l'efficacité d'un système, de comparer celui-ci avec les systèmes étrangers, il est également possible, toujours pour apprécier l'efficacité du bail commercial, de le comparer avec des statuts voisins, notamment celui des baux ruraux. La législation du bail rural, pourtant partageant ce même objectif d'équilibre et de « *stabilité d'exploitation* »³⁰⁴, serait beaucoup plus claire et fonctionnerait beaucoup mieux. La comparaison est donc, à plus d'un titre, fortement intéressante.

Pour ce qui est de l'ordre public, Madame Lebel, constate que celui de la matière rurale « *est plus marqué (que celui des baux commerciaux), à tel point que l'on pourrait le qualifier d'ordre public d'interdiction ou de sacralisation en raison de la quasi-absence de liberté contractuelle des parties dans le contrat* »³⁰⁵. Elle relève par exemple que, pour le prix du bail initial, « *la liberté des parties est limitée à une fourchette (...) la fourchette administrative* ».

³⁰² cf Monéger J., « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 8

³⁰³ Pour étudier plus en profondeur : Van Ommeslaghe P., « Traité de droit civil belge », Tome II : Les obligations. Volumes 1 à 3

³⁰⁴ Joyandet A., « Question écrite avec réponse n° 91532, 26 octobre 2010, Baux commerciaux et baux ruraux – Réglementation. Disparités », publication au JO : AN. du 1er février 2011

³⁰⁵ Lebel C., « Baux commerciaux aux baux ruraux : carrefour de droits exorbitants », Loyers et copr. N°10, octobre 2017, dossier 13

Si pour certains auteurs « *les dispositions légales relatives aux baux d'habitation, sensiblement plus empreintes d'intérêt général, relèvent de l'ordre public de protection* »³⁰⁶, d'autres, comme Monsieur Lorvellec, considèrent que l'ordre public des baux ruraux n'est pas seulement « *établi en faveur du preneur* » : il est le « *fruit d'un équilibre, un ordre public non pas de direction (car les intérêts collectifs de l'économie ne sont pas en cause, le statut serait sinon différent), mais de protection bilatérale, réciproquement intangible* »³⁰⁷.

Ainsi, bien que plus impératif que ne l'est l'ordre public des baux commerciaux, l'ordre public des baux ruraux vise à protéger à la fois les intérêts du bailleur, et ceux du locataire. Le fait de ne pas protéger uniquement une partie, de ne pas choisir de favoriser uniquement une partie, suffit à écarter la qualification d'ordre public de protection.

Le statut des baux ruraux offre ainsi une réglementation rigoureuse : à titre d'exemple, les parties doivent se soumettre sans exception à la durée statutaire de neuf ans, et contrairement au statut des baux commerciaux, aucune dérogation n'est possible. Celles-ci ont interdiction formelle de pratiquer le pas-de-porte, si commun en matière de baux commerciaux, cela étant susceptible de dérégler l'encadrement du loyer rural.

Un autre exemple, peut être mis en avant, c'est celui de la variation du loyer : contrairement au statut des baux commerciaux, qui offre un choix dans la méthode d'encadrement de celle-ci, le statut rural impose une unique méthode d'indexation aux parties.

La sortie du contrat est également beaucoup moins souple en matière rurale, notamment en application d'une clause résolutoire, puisque celle-ci est strictement interdite, lorsqu'elle est tout à fait acceptée, aussi bien légalement que jurisprudentiellement, pour le bail commercial.

Enfin, même si la loi Pinel a cherché à répartir plus clairement et strictement charges et travaux entre bailleur et locataire commercial, nous verrons par la suite³⁰⁸ que la loi de 2014, par l'imprécision de certains de ses articles, suscite énormément de questions à l'heure actuelle, alors que les dispositions propres aux baux ruraux sont extrêmement claires et que la répartition des obligations est strictement déterminée, à défaut de stipulations contraires des parties.

³⁰⁶ Regnault S., « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », Loyers et copr. n° 12, décembre 2017, étude 12

³⁰⁷ Lorvellec L., « Droit rural », Masson, 1987, 552 p., Coll. Droit SE

³⁰⁸ cf infra n° 442 et s.

Nous notons toutefois, une certaine volonté de durcissement de l'ordre public du statut des baux commerciaux, par le législateur, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi Pinel.

B) L'ordre public du statut des baux commerciaux, renforcé par la loi Pinel

43. Si la volonté de renforcement de l'ordre public du législateur, par la loi Pinel, apparaît claire (1), il apparaît regrettable que celui-ci soit mal circonscrit (2).

1- La volonté de renforcement du législateur

44. Introduction du réputé non écrit. – Le législateur, par la loi Pinel, a exprimé sa volonté de renforcer cet ordre public. Concrètement, la principale modification concernant l'ordre public des baux commerciaux consiste en la modification de la sanction attachée à celui-ci. Désormais, les clauses du bail qui ne respecteront pas l'ordre public seront considérées comme étant non écrites³⁰⁹, et ne devront plus être déclarées nulles. Ainsi, la prescription biennale de la nullité n'aura plus lieu d'être³¹⁰.

Le but du réputé non écrit est de mettre fin à la situation problématique pour le preneur, dans laquelle nombre d'actions étaient prescrites faute d'avoir été introduites dans les deux ans de la signature des baux. On se retrouvait ainsi avec une création *contra legem*, puisque les bailleurs jouaient la prescription biennale contre le locataire. Hormis bien sûr le cas où le locataire pouvait soulever la nullité par voie d'exception, puisque les exceptions sont perpétuelles et jamais prescrites en procédure. Désormais ce ne sera plus le cas puisque les actions des locataires seront imprescriptibles.

La volonté du législateur de renforcer la sanction traduit ici l'importance d'accorder plus de protection au locataire, partie la plus faible, contre le bailleur réputé être la partie placée en position de supériorité dans le rapport contractuel. De plus, l'objectif annoncé par la loi est de rééquilibrer leurs relations financières. Dans ce contexte, la démarche consiste ainsi à considérer, par la force des choses, que celles-ci devaient nécessairement être déséquilibrées.

³⁰⁹ Loi n° 2014-626, art. 6 I et II, 1°

Gaudement V.S., « la clause réputée non écrite », *Economica*, 2006

Cottureau V., « la clause réputée non écrite » *JCPG* 1983, I, 3691

³¹⁰ Monéger J., « Prescription biennale et clauses réputées non écrites : une fausse bonne question ? » *Loyers et copr.* n° 6, juin 2014

45. Facteur de rigidité de la loi. – Cette volonté de renforcement apparaît désormais « à rebours du cantonnement de l'ordre public par le droit commun des contrats exposé par le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », ce qui fait par exemple dire à Monsieur Regnault que « la matière des baux commerciaux apparaît, de manière contestable, de plus en plus irriguée par l'ordre public, aux dépens de la liberté contractuelle » au vu notamment de « la mutation du commerce mondial en cours »³¹¹. Selon lui, l'ordre public pour le statut des baux commerciaux, c'est l'illustration même de ce qu'il n'est plus possible d'imposer aux entreprises : la rigidité.

Pour Monsieur Confino, le renforcement de l'ordre public, et la nouvelle sanction du réputé non écrit, traduisent d'abord une « fonction d'assainissement et de sauvetage du contrat qui est mise en avant »³¹². C'est bien là toute la différence entre la philosophie du législateur, à l'occasion de la loi Pinel, et celle du législateur dans de l'ordonnance de 2016.

Lorsque le second cherche à sanctionner ce qui est abusif au regard de la situation concrète d'une partie, le premier semble automatiser la sanction, sans finalement que n'apparaisse nécessaire ou utile une quelconque appréciation du juge. Dans ce cadre, nous pouvons effectivement critiquer cette rigueur, et la non volonté d'équilibre par l'adaptation du contrat souhaitée par le législateur dans la loi Pinel.

46. Remise en cause de la qualification d'ordre public de protection. – De plus, avec ce constat de rigidité, ressurgit le débat évoqué précédemment. Avec ce renforcement de l'ordre public, et le choix du réputé non écrit, « le statut des baux commerciaux a-t-il basculé dans l'ordre public de direction ? »³¹³. Selon Monsieur Monéger, « La nature de l'ordre public, post Pinel ne résulte pas expressément de la loi. [...]. Ni les promoteurs du texte, ni le législateur ne semblent avoir recherché une modification de la nature juridique régissant le bail commercial »³¹⁴.

Ce que l'on peut en tout cas souligner, c'est que l'ordre public a peut-être bel et bien changé de fonction première, en glissant « subrepticement du champ de la protection de la partie faible vers celui de la protection des impératifs posés par le législateur s'agissant de l'ensemble

³¹¹ Regnault S., « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », Loyers et copr. n° 12, décembre 2017, étude 12

³¹² Confino A., « Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel », AJDI 2015. 407

³¹³ Regnault S., ibidem

³¹⁴ Monéger, « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 8

des baux commerciaux signés en France »³¹⁵. Ce sont bien les intérêts en cause qui apportent la clef de compréhension de la nature de l'ordre public, direction ou protection, et non la sanction qui est étrangère à celle-ci³¹⁶.

La nouvelle sanction du réputé non écrit est donc entrée en vigueur le 20 juin 2014. Pourtant, quant à son application, une question reste entière en ce qui concerne les dispositions reconnues comme étant d'ordre public par la jurisprudence mais qui ne figurent pas dans la liste des articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce.

2- Un renforcement mal circonscrit

47. Une nouvelle réglementation partiellement d'ordre public. – Même si la loi du 18 juin 2014 a élargi le périmètre de l'ordre public du statut, certaines nouvelles dispositions n'ont pas été stipulées d'ordre public. Selon Monsieur Planckeel, cela « *tient peut-être au fait que la place de la liberté contractuelle a été spécialement discutée à propos de deux mesures phares : d'une part, le droit de résiliation triennale (...) et d'autre part, le lissage du déplaçonnement* »³¹⁷.

On constate à la lecture des débats parlementaires³¹⁸ que l'article L. 145-15 du code de commerce n'a été évoqué qu'au moment d'étudier deux amendements relatifs à la répartition des charges entre le preneur et le bailleur. Il fut en effet proposé que l'article L. 145-40-2 du code de commerce, régissant cette répartition, puisse prévoir une sanction du réputé non écrit. Cela ne sembla pas utile à l'Assemblée nationale puisque les amendements ne furent pas pris en compte³¹⁹.

Pour aller même plus loin, on peut même remarquer un léger retour en arrière sur d'anciennes dispositions d'ordre public. En effet, l'article 15 de la loi du 18 juin 2014 a instauré la cession-désécialisation permettant au tribunal de commerce d'autoriser, en cas de plan de cession, le repreneur à adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires³²⁰. Comme l'ont déjà fait remarquer certains auteurs, on peut clairement y voir une dérogation à la

³¹⁵ Ibidem

³¹⁶ Regnault S., ibidem

³¹⁷ Planckeel F., « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », AJDI 2015 p. 11

³¹⁸ <http://videos.assemblee-nationale.fr/seance-publique.13-02-2014>

³¹⁹ cf infra n° 447

³²⁰ Jamet M., « La désécialisation partielle de l'article L. 642-7, alinéa 4, du Code de commerce », RPC n° 3, mai 2015

règle de la déspecialisation partielle³²¹, d'ordre public.

Pour résumer, on peut souscrire à la formule de Monsieur Dumur, tirée de son article intitulé « *le bêtisier de la loi Pinel* », selon laquelle « *le statut des baux commerciaux constitue donc une réglementation partielle, et cette réglementation partielle est seulement partiellement d'ordre public...* »³²². Elle serait d'autant plus partielle que la loi Pinel comporte un oubli incroyable puisque le législateur n'a pas actualisé la liste des textes pourtant bien déclarés d'ordre public par les articles L. 145-15 et L.145-16, évoqués précédemment. Frédéric Planckeel va jusqu'à dire « *qu'il est même permis de se demander si, tant au début qu'à la fin du processus d'adoption de la loi Pinel, le législateur a réellement eu conscience de l'incidence de la numérotation des textes* »³²³.

48. Un ordre public par déduction. – Mais doit-on, dès lors, considérer que les textes n'y figurant pas ne sont pas d'ordre public ? Probablement pas, car comme l'avait déjà démontré Monsieur Monéger, « *au-delà de cette énumération, il faut compter avec l'ordre public tel qu'il a été entendu et étendu par la Cour de cassation et avec l'ordre public dispersé, voire avec l'ordre public caché* »³²⁴. En effet, si le « noyau dur » de l'ordre public du statut est constitué par l'ordre public écrit, la Cour de cassation a déjà pu déclarer d'ordre public des textes non visés par les articles L. 145-15 et L. 145-16. C'est notamment le cas des dispositions relatives à la forme du congé³²⁵, l'obligation de délivrance du bailleur, ou la durée du bail renouvelé. Ces dispositions constituent « *l'ordre public révélé* »³²⁶ du statut.

La réflexion vaudrait pour les nouvelles dispositions issues de la loi Pinel, et apparaît d'autant plus pertinente que « *la lecture des travaux parlementaires ne fait pas apparaître une quelconque conscience de cet enjeu d'ordre public* »³²⁷. Il s'agirait donc de ne plus faire l'effort préalable, pour savoir si un article est d'ordre public ou non, d'aller lire l'article L. 145-15 du code de commerce puisque cela n'apporterait plus aucun enseignement. Il conviendrait désormais de rechercher « l'esprit de la loi », parfois par déduction, et d'attendre de futures précisions. Certains auteurs soulignent d'ailleurs que la tournure de l'article L. 145-15, lui-

³²¹ Boccara B., « La déspecialisation partielle », JCP E. n° 06, février 1986

³²² Dumur J.-P., « Le bêtisier de la loi Pinel en 10 stations », AJDI 2014, p.821

³²³ Planckeel F., « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », AJDI 2015 p. 11

³²⁴ Monéger J. « L'ordre public s'empare du droit des baux commerciaux », AJDI 2003, p. 396

³²⁵ Ce n'est, pour la forme du congé, plus d'actualité puisque la loi Pinel a autorisé le preneur à notifier son congé par lettre recommandée avec accusé de réception. Cela remet-il en cause le reste de la jurisprudence ?

³²⁶ Blatter J.-P., « Traité des baux commerciaux », 6^e éd., Référence juridique, Ed. Le Moniteur

³²⁷ Planckeel F., ibidem

même, n'exclut pas ce travail de déduction puisque celui-ci n'est pas restrictif : il « *ne précise pas que seules ces clauses sont réputées non écrites* »³²⁸.

Cette réflexion vaudrait donc également indirectement pour la nouvelle sanction du réputé non écrit qui, bien qu'apparaissant fortement renforcée, pouvait finalement être considérablement réduite dans sa portée par la non actualisation des articles L. 145-15 et L. 145-16. Mais selon Monsieur Garbit³²⁹, il semble cependant impossible d'étendre cette nouvelle sanction à des dispositions qui ne figurent pas dans la liste, de sorte que la sanction demeurerait la nullité, soumise à la prescription biennale.

Monsieur Planckeel, quant à lui, relève toutefois que la jurisprudence Chronopost³³⁰ du 22 octobre 1996 « *montre que la Cour de cassation a déjà su par le passé réputer non écrites des clauses qu'aucun texte n'interdisait* »³³¹. De plus, toujours selon lui, le législateur a peut-être souhaité montrer le chemin au juge, dans ses futures décisions, dans cette nouvelle quête de l'imprescriptible, celle-ci étant uniquement destinée à sanctionner, dorénavant, beaucoup plus lourdement les clauses contractuelles souhaitées par les parties qui échapperaient aux prescriptions statutaires.

La question relèverait donc de l'appréciation des juges, et il semblerait probable, au regard de l'esprit des textes, que ces clauses soient, dans leur majorité, elles aussi réputées non écrites. Toutefois, selon Alain Confino³³², « *la généralisation de la sanction aboutirait (...) à des conséquences peu raisonnables* ». Il serait primordial que « *le réputé non écrit demeure une sanction exceptionnelle qui, lorsqu'elle n'est pas formellement édictée par le texte légal, ne saurait être devinée par le juge* ». Pour l'auteur, « *la prévisibilité de la sanction doit demeurer un principe cardinal du droit* ».

Nous considérons sage de se tourner, systématiquement, vers l'esprit de la loi, avec notamment les travaux préparatoires de la loi Pinel. Il appartiendra au juge, au fil du temps, de considérer telle ou telle disposition comme étant d'ordre public mais cela, en raison de manque de clarté de la loi, prendra probablement encore quelques années.

³²⁸ Ibidem

³²⁹ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.97

³³⁰ Cass. com. 22 octobre 1996, pourvoi n°93-18.632, Bulletin 1996 IV N° 261 p. 223

³³¹ Planckeel F., ibidem

³³² Confino A. « Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel », AJDI 2015, p.407

Nous évoquions précédemment le caractère partiel de l'ordre public des baux commerciaux. Cela ne résulte pas uniquement des textes. En effet, le statut peut-être assez régulièrement exclu par les parties, ce qui rejoint la thèse d'un ordre public de protection, mais bien non impératif.

SECTION 2 - UNE EXCLUSION RECURRENTE DU STATUT, CONFORTÉE PAR LA LOI PINEL

49. Il y a dans la pratique, comme le soulignent certains auteurs, une assez grande tendance des co-contractants à évincer la réglementation³³³ et ce, que ce soit par volonté de non-application globale, ou par volonté de mise à l'écart des dispositions accessoires. Cela est possible dans la mesure où le caractère d'ordre public, comme nous l'avons déjà évoqué, n'est pas systématiquement prévu par les textes (*Paragraphe 1*). Il est même complètement parcellaire (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 - L'ordre public de protection du statut des baux commerciaux : un ordre public alternatif

50. Nous choisissons d'employer le terme « alternatif », en ce qu'il correspond, selon le Larousse, à ce « *qui présente ou propose une alternative, un choix entre deux solutions* »³³⁴. Monsieur Regnault parle également « *d'un ordre public subsidiaire* ». Ce qui est, selon lui, « *un bien curieux résultat* », quelque chose de « *difficilement concevable* »³³⁵. Les dispositions du statut sont pour la plupart supplétives, notamment celles issues de la loi Pinel (A). Les parties peuvent donc opter pour deux solutions différentes, à savoir écarter les dispositions supplétives, ou laisser le droit supplétif s'appliquer. De plus, existe depuis toujours la faculté des parties à un contrat de renoncer conventionnellement, donc par choix, à l'ordre public pourtant statutaire. Cette possibilité est-elle toujours d'actualité ? (B)

A) Des dispositions pour la plupart supplétives

51. Tous les articles du code de commerce régissant le statut ne sont pas d'ordre public. En effet, comme nous l'expliquions précédemment, un article, l'article L. 145-15 du code de commerce, a pour fonction d'énumérer les articles qui le sont.

³³³ Auque F., « Les particularités d'application du régime des BC dans les centres commerciaux », RDI n°6, 2007, p.497

³³⁴ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>

³³⁵ Regnault S., « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », Loyers et copr. n° 12, décembre 2017, étude 12

Avant la loi Pinel, les dispositions y figurant concernaient la durée minimale du bail, les loyers payés d'avance par le locataire, la résiliation du bail en application d'une clause résolutoire, la révision du montant du loyer, la déspécialisation du bail, le droit du locataire au renouvellement de son bail ou, à défaut, à celui d'une indemnité d'éviction, le droit pour le locataire de céder son bail, la prohibition des clauses de résiliation de plein droit en cas de procédure collective ouverte contre le locataire.

Comme le souligne Monsieur Frédéric Planckeel³³⁶, dans le code civil de 1804, le contrat de louage apparaissait comme un contrat équilibré dans lequel le locataire détenait quantité de véritables droits, énoncés à l'article 1717 du code civil, notamment la cession du bail et la sous-location libre. Mais aujourd'hui ces dispositions « *ne sont plus que supplétives et ont été délaissées en pratique par les bailleurs* ».

52. Un aspect stratégique. – Pour la partie qui connaît et maîtrise le mieux le statut des baux commerciaux, celui-ci est une véritable mine d'or lorsqu'il s'agit de prévoir et anticiper les conditions du contrat qui pourraient lui être défavorables, en recherchant contractuellement une issue plus compatible avec ses projets personnels, à savoir ses projets financiers.

Ainsi, même si la loi Pinel est intervenue pour rendre impératives des règles qui étaient clairement supplétives, telles que les règles relatives à la répartition des charges et travaux et celles relatives à la faculté de résiliation triennale³³⁷, des règles du statut restent aujourd'hui supplétives. C'est ce que l'on peut constater à la lecture par exemple de l'article L. 145-12 du code de commerce³³⁸, relatif à la durée du bail renouvelé. En principe, cette durée est toujours égale à neuf ans, même lorsque la durée du bail initial était supérieure. Cependant l'article L. 145-12 comprend la précision suivante : « *sauf accord des parties pour une durée plus longue* ». Les parties peuvent donc convenir, à l'avance, de rester sur une durée supérieure à neuf ans.

Cela peut être d'autant plus stratégique que la durée supérieure à neuf ans est la « clef magique » permettant aux parties de se « créer », ou de « s'offrir », de nouvelles stipulations supplétives. L'article 145-4 du code de commerce³³⁹, relatif au congé et à la faculté de résiliation triennale du preneur, prévoit par exemple que « *les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans (...) peuvent comporter des stipulations contraires* ». Ainsi, le droit de résiliation triennale du

³³⁶ Planckeel F., « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 5

³³⁷ Le Lamy Baux Commerciaux : Droit Commercial - WKF - Wkf.fr

³³⁸ Modifié par Loi n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 207

³³⁹ ibidem

locataire n'est que partiellement d'ordre public, devenant supplétif lorsque le bail est prévu pour une durée supérieure à neuf ans. La même solution s'applique au mécanisme de plafonnement du loyer que nous étudierons plus en détail dans cette thèse.

D'ailleurs, comme le soulignait Monsieur Batter, « *aucune des règles de fixation du loyer renouvelé n'est d'ordre public* »³⁴⁰. La résultante est la suivante : bailleur et preneur peuvent aussi bien prévoir contractuellement que loyer sera fixé, lors du renouvellement, en respectant les principes du plafonnement, que prévoir que le montant dépendra uniquement de la valeur locative³⁴¹. Cette souplesse contractuelle offerte aux parties a certes été tempérée à l'occasion de la loi Pinel par la création d'un nouveau plafonnement du déplafonnement du loyer. Néanmoins, encore une fois, ce nouveau mécanisme ne trouve pas à s'appliquer aux baux d'une durée de dix ans ou plus.

De plus, les parties peuvent parfaitement s'aménager une clause d'indexation particulière, à savoir la clause recette³⁴², exclure tout mécanisme de plafonnement du loyer, et ne faire dépendre l'encadrement de l'évolution du loyer que de l'aménagement contractuel prévu par leurs soins.

53. On constate véritablement, à travers ces exemples, que la supplétivité est grande. Mais ce n'est pas tout puisque nous allons maintenant observer que, s'agissant particulièrement de l'ordre public de protection, il est tout à fait possible, contrairement à l'ordre public de direction, de renoncer à un droit une fois que celui-ci est acquis. Dès lors, les bailleurs bénéficient d'une astuce permettant de faire renoncer ultérieurement le locataire à un droit qui n'est pas dans la liste de l'article L. 145-15 du code de commerce.

B) La renonciation conventionnelle à l'ordre public de protection

54. Il est un principe bien connu, et qui dépend de la distinction faite précédemment, entre ordre public de protection et ordre public de direction : le principe selon lequel on peut renoncer à un droit d'ordre public de protection une fois ce droit acquis, et ce, dès lors que cette renonciation se fait en parfaite connaissance de cause³⁴³.

³⁴⁰ Blatter J.-P. « L'ordre public du statut des baux commerciaux », AJDI 2003. 396

³⁴¹ Cass. 3^e civ. 4 mars 1998, pourvoi n°94-12977, Bulletin 1998 III N° 53 p. 35

³⁴² cf infra n° 70 et 766

³⁴³ Cass. 3^e civ. 11 janv. 2006, pourvoi n°05-10.217 ; Cass. 3^e civ. 6 nov. 1991 pourvoi n° 90-15.605 : JurisData n° 1991-004086 ; Brault P.-H. obs. sur Cass. 3^e., 7 mars 2001, pourvoi n° 99-18.368, GP août 2001

Comme rappelé précédemment³⁴⁴, l'ordre public est considéré comme étant de protection. Il est donc apparu normal en jurisprudence que la partie protégée, à savoir le locataire, puisse lui-même décider d'abandonner une disposition statutaire d'ordre public. Néanmoins, les tribunaux s'évertuaient à rechercher si la renonciation était bien certaine et sans équivoque³⁴⁵.

55. Ordre public de protection et réputé non écrit. – Le débat annoncé antérieurement³⁴⁶, ressurgissant suite à l'entrée en vigueur de la loi Pinel et sa sanction du réputé non écrit, trouve ici tout son intérêt. L'ordre public de protection existe-t-il toujours et, si oui, peut-on toujours renoncer à un droit d'ordre public de protection ?³⁴⁷ Cette question est controversée, aujourd'hui, en doctrine.

Monsieur Monéger, à contre-courant, défend une position radicale³⁴⁸ puisque, selon lui, il n'est désormais plus possible de renoncer à une stipulation d'ordre public. Selon lui, les parties n'auront plus à se poser la question de savoir s'il s'agit d'un ordre public de protection ou de direction, dans la mesure où la loi Pinel a fait de l'ordre public du statut des baux commerciaux, un ordre public de direction.

Dans la mesure où la loi ne fait pas état clairement d'un ordre public de direction, doit-on forcément considérer que le seul changement de sanction puisse être capable de le caractériser ? La question est d'autant plus pertinente que certains auteurs, comme Monsieur Confino, ne voient pas d'incompatibilité entre réputé non écrit et ordre public de protection³⁴⁹. Il a même déjà été jugé, dans d'autres domaines, que des textes prévoyant le réputé non écrit pouvaient être écartés par la volonté de la partie en bénéficiant³⁵⁰.

Le statut des baux ruraux offre à nouveau un possible point de comparaison. Comme expliqué précédemment³⁵¹, ce dernier est également d'ordre public. Si une hésitation subsistait également sur la question de savoir s'il s'agissait d'un ordre public de direction ou de protection, il était tout de même assez flagrant que la majorité des auteurs s'accordait sur le

³⁴⁴ Supra n° 37

³⁴⁵ Cass. 3^e civ. 6 févr. 1991, pourvoi n° 89-15.109 ; Cass. 3^e civ. 4 mai 2006, pourvoi n° 05-15.15, Bull. 2006 III N° 110 p. 93

³⁴⁶ Supra n° 46

³⁴⁷ Prigent J., « Réforme du régime des baux commerciaux », RDL 2014, n° 1859

³⁴⁸ Monéger J., « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », Loyers et copr. 2016, dossier 8

³⁴⁹ Confino A., « Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel », AJDI 2015. 407

³⁵⁰ cf Cass. 3^e civ. 21 juill. 1993, pourvoi n° 91-19.289 et Cass. 1^e civ. 16 mars 2004, pourvoi n° 01-15.086 : Dans ces affaires, il était question de la faculté de rescision en matière de vente, faculté prévue par l'article 1674 du code civil.

³⁵¹ Supra n° 42

caractère de protection. Or, la sanction prévue pour les clauses allant contre les stipulations d'ordre public est également le réputé non écrit dans la matière rurale...

Dès lors, nous nous rangeons derrière la plus grande partie de la doctrine qui considère plus prudent de ne pas déduire l'existence d'un ordre public de direction de la seule (et nouvelle) sanction du réputé non écrit, s'agissant des baux commerciaux. Il nous semble également plus raisonnable de ne pas en déduire, indirectement, la fin de la possibilité de renonciation à l'ordre public. La question n'étant toujours pas tranchée, à ce jour, précisons simplement qu'il est classiquement enseigné que le réputé non écrit et la renonciation conventionnelle sont en principe incompatibles³⁵²...

56. A l'inverse, il ne s'agit pas de déduire du caractère contraignant d'une disposition du statut des baux commerciaux la sanction applicable à celle-ci. L'exemple le plus parlant est celui du nouveau lissage du déplaçonnement, créé par la loi Pinel en 2014, sur lequel nous reviendrons plus en détail en seconde partie de thèse³⁵³. Mais relevons simplement, d'ores et déjà, que celui-ci, inscrit à l'article L. 145-34 du code de commerce, prévoit qu'« *en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plaçonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du contrat, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* ».

Cet article a fait trembler les bailleurs, tant il semblait révolutionner la pratique. Nous verrons plus tard que le doute complet entourait les modalités d'application de l'article, et notamment les méthodes de calcul de cet étalement dans le temps de l'augmentation du loyer. Mais le doute entourait également le caractère obligatoire de cet article. Il semblait peu probable, au vu de son importance dans l'ensemble de loi Pinel, et de son aspect très contraignant, qu'il puisse ne pas être d'ordre public.

La solution est venue seulement en 2018, par une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, en faveur des bailleurs. Contre toute attente, la Cour de cassation décide que « *l'étalement n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de ne pas l'appliquer* »³⁵⁴. Le lissage du déplaçonnement n'est donc pas d'ordre public, les parties ont la liberté contractuelle de l'écarter. La solution est surprenante. Monsieur Monéger le résume

³⁵² Cottureau V., « La clause réputée non écrite », JCP G 1993, I, n° 3691

³⁵³ Supra n° 785 et s.

³⁵⁴ Cass. 3e civ. 9 mars 2018, pourvoi n° 17-70.040, Publié au Bull., jurisdata n° 2018-003192

parfaitement : « *il était permis de penser qu'elle serait qualifiée de disposition d'ordre public. Erreur. Comme au rugby, la Cour botte en touche ; mais on sent que la norme ne lui semble pas pertinente et aisément applicable* »³⁵⁵.

Nous le comprenons, avec le statut des baux commerciaux, peu de place est laissée à la déduction, c'est une certitude.

57. Un renforcement respectant l'esprit philosophique du statut. – Ne cherchant pas à prendre en compte les intérêts d'ordre économique et financier, la loi Pinel a renforcé l'ordre public par le réputé non écrit, une nouvelle fois pour protéger les intérêts du « petit preneur ». En respectant la philosophie du siècle dernier, à savoir faire du statut des baux commerciaux le statut des petits boutiquiers, elle a au fond oublié de s'intéresser aux autres situations locatives.

De plus, certains dispositifs n'ont pas été assortis de sanction en cas d'éviction par les parties. Pour la sanction, il s'agit d'un problème récurrent dans la loi de 2014. C'est le cas de la garantie du bailleur par le locataire en cas de cession de bail, qui doit désormais être limitée à trois ans : cette nouvelle limitation ne semble, à la lecture des textes, pas avoir été assortie de sanction dans le cas où les cocontractants continueraient de prévoir une durée supérieure³⁵⁶. On peut y voir une nouvelle place laissée par inadvertance à la liberté contractuelle³⁵⁷ qui profitera, encore, à la partie forte dans la phase précontractuelle.

C'est ce genre de rédaction, tantôt maladroite, tantôt imprécise, dans le droit des baux commerciaux et de la jurisprudence le complétant, qui a conduit à créer ce qui a été désigné comme des sous-statuts³⁵⁸.

Paragraphe 2 - L'ordre public de protection du statut des baux commerciaux : un ordre public parcellaire

58. A l'origine, le statut des baux commerciaux de 1953 a été souhaité favorable au locataire. Dans l'esprit du législateur de l'époque, le locataire n'a qu'un seul profil : il correspond au petit commerçant de centre-ville. Dès lors, il en résulte que l'équilibre d'une

³⁵⁵ Monéger J., « Elans optimistes et printaniers », Loyers et copr. n° 4, Avril 2018, repère 4

³⁵⁶ A noter que les baux non actualisés pour être en phase avec les dernières réformes continuent de faire figurer dans le contrat une garantie qui durera jusqu'à la fin du contrat, voire jusqu'à la fin du contrat après le prochain renouvellement du contrat.

³⁵⁷ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014 p.535

³⁵⁸ Chavance E. et Regnault S., « Le champ d'application de la loi ou la diversification des sous-statuts », Loyers et copr. 2014, dossier 2

unique situation locative a été encadré par les règles du statut. Les règles d'ordre public doivent s'appliquer à tous les locataires, en principe sans possibilité de dérogation. Dans cette configuration, le statut des baux commerciaux présente les traits d'un régime unique.

Pourtant, au cours des décennies qui suivent la mise en place de celui-ci, l'ordre public « unique », devient « parcellaire ». En effet, de l'évolution du commerce, et de l'économie, émanent de nouveaux profils. Le locataire n'est plus systématiquement celui du statut de 53. Par conséquent, la vision des choses de ce dernier devient désuète et inadaptée. Il va donc y avoir des extensions à des situations qui n'étaient pas prévues en 1953, dans le statut.

C'est une technique d'adaptation en force, tel l'enfant qui peine à faire rentrer les cubes dans le rond de son jouet en plastique... En sens inverse, des situations qui n'étaient pas prévues au sein même du statut vont apparaître : des ronds devenus triangles vont se déformer et se mettre en marge. Le législateur achève d'éclater le statut en essayant de prévoir des exceptions, et des régimes parallèles, pour que le statut puisse s'adapter au mieux à ces cas de figure non envisagés à la création du statut : on se contente d'agrafer les triangles au rond...

Pour Monsieur Monéger, « *tantôt la loi va décider de l'application du statut à des cas que la raison économique peine à déceler* », tantôt, sur « *un fondement économique raisonnable, le législateur va prévoir soit l'application de plein droit du statut, soit la faculté pour les parties d'user de la liberté contractuelle pour soumettre leur relation locative au statut* »³⁵⁹. L'auteur va même jusqu'à parler de la « *fragmentation du statut en sous-statuts* ».

Le législateur, cherchant à adapter le statut, ne tanche pas réellement. Plutôt qu'encadrer strictement, il offre, pour chaque nouvelle situation, un, voire plusieurs, régimes dérogatoires, qui profitent généralement au bailleur, ce qui va créer une disparité dans le statut en créant de véritables sous-statuts (A). Mais il est également des cas de figure, un en particulier qui est actuellement l'un des plus importants problèmes conflictuels en ce qui concerne le loyer du bail commercial, que le législateur, pour le moment, n'a pas pris en considération, ce qui est également créateur d'un sous-statut (B).

³⁵⁹ Monéger J., « Unité ou pluralité des statuts », AJDI 2014, p.112

A) L'existence de quasi sous-statuts au sein du statut des baux commerciaux

59. Il est admis, même reconnu, que le législateur crée des sous-statuts au sein même du statut des baux commerciaux (1). Néanmoins, ceux-ci ne sont pas dénués de pertinence (2).

1- La réalité admise et reconnue par la loi de sous-statuts au sein du statut

60. Certains baux échappent aux règles fondamentales du statut, à savoir les baux de plus de neuf ans (a), et les baux particuliers (b).

a - « La faculté légale des baux de plus de neuf ans »³⁶⁰

61. Une faculté favorable au bailleur. – Sans trop entrer dans les détails concernant les règles relatives à la durée du contrat, qui seront plus développées dans la partie relative à la recherche de l'équilibre du législateur par l'encadrement de la durée³⁶¹, constatons à nouveau qu'il y a une inégalité de traitement, une distorsion des règles sur un point, la durée du bail. Plus précisément, comme nous l'expliquions précédemment, il s'agit de la faculté pour le bailleur de choisir un régime idyllique, sans plafonnement, sans résiliation triennale du locataire, par le simple fait de prévoir un bail d'une durée supérieure à 9 ans.

Nous pourrions même y voir une sorte de récompense. Le fait d'offrir le droit à son locataire de rester plus longtemps dans ses locaux, ne nous paraît pourtant pas justifier que le bailleur se voit offrir des avantages. En effet, nous pourrions soutenir que s'assurer de la perception des loyers pour une durée certaine, plus longue, constitue déjà un avantage suffisant, et que les deux parties y trouvent déjà leur compte.

Il s'agit donc ici simplement de bien signaler, à nouveau, que les baux de plus de neuf ans constituent déjà réellement un premier sous-statut. D'une part, la conclusion de ceux-ci offre en effet au bailleur le droit de ne pas appliquer un quelconque plafonnement aux augmentations de loyer engendrées par le renouvellement futur du bail. D'autre part, le bailleur est alors en droit de priver le locataire de sa faculté de résiliation triennale, par la conclusion d'un bail ferme.

³⁶⁰ Monéger J. « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD com. 2014. 535

³⁶¹ Infra n° 199

Pour certains auteurs³⁶², il s'agit d'une « *promotion* » des baux dérogatoires au statut et, malgré les apports de la loi Pinel, « *il y a fort à parier que les bailleurs useront de leur force de persuasion pour convaincre le locataire d'y avoir recours* ». Pour Madame Cerati-Gauthier, cette loi, censée pourtant « *protéger les locataires* », n'a semble-t-il pas apporté les moyens permettant de mettre un terme à cette pratique. Selon l'auteur, les armes fournies par la réforme de 2014 apparaissent au contraire « *à double tranchant* » pour le locataire.

b- Les baux ou locaux particuliers

62. Nous n'aborderons pas, ici, les baux exclus du statut des baux commerciaux, tels les baux de courte durée, dits aussi baux dérogatoires. Même si, évidemment, cela permettrait simplement de signaler qu'il existe également d'autres statuts commerciaux en dehors du statut.

Sont envisagés ici principalement les baux qui permettent de bénéficier d'exceptions aux règles concernant le plafonnement³⁶³ ou à la durée du bail, encore une fois. Il y a en effet énormément de cas de baux « particuliers », qui sont eux-mêmes définis par la loi. L'article L. 145-4 du code de commerce, notamment, prévoit tout simplement que certains baux, de par la nature même et la fonction de leurs locaux « *peuvent comporter des stipulations contraires* »³⁶⁴.

63. Bail d'immeuble monovalent. – Le premier exemple de bail particulier correspond au bail dit « monovalent » ou bail « d'immeuble monovalent ». Il existe en effet pour ces locaux particuliers une certaine dualité de règles. Prenons l'exemple du bail hôtelier. Celui-ci pourra soit être soumis aux règles statutaires du bail commercial, soit dépendre des dispositions spéciales fixées par les articles L. 311-1 à L. 311-5 du code du tourisme. Ces règles spéciales présentent un intérêt considérable pour l'exploitant d'un hôtel : celles-ci sont plus avantageuses, notamment concernant le loyer ou les travaux d'amélioration apportés au local, que celles du statut du code de commerce, malgré les apports de la loi Pinel.

Mais pour que le bail hôtelier soit soumis au sous-statut hôtelier, celui du code du tourisme, et ainsi déroger au statut, il faut que l'immeuble soit construit « *en vue d'une seule utilisation* »³⁶⁵ : c'est la « monovalence » du local commercial. Le local ne doit pouvoir servir qu'à l'exploitation d'une activité bien définie. C'est le cas par exemple de l'hôtellerie. Mais sont également « *très*

³⁶² Cerratti-Gauthier A., « La durée dans la loi Pinel ou la promotion des baux dérogatoires », Cah. dr. entr. n° 3, mai 2015

³⁶³ Gramaize P., « Le juge des loyers commerciaux », GP n°18, mai 2017, p.22

³⁶⁴ C. com. Art. L. 145-4, modifié par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 207, en vigueur au 8 août 2015

³⁶⁵ C. com. Art. R. 145-10

souvent ou presque toujours monovalents le cinéma, le cabaret, un dancing, une clinique, une cave de champagne, les bains-douches, un local de stockage de produits pétroliers, une piscine, une patinoire »³⁶⁶...

Ces baux d'immeuble monovalents offrent la faculté de ne pas déplaçonner le loyer en se basant sur la seule valeur locative, mais en fixant le nouveau loyer par rapport aux usages de la profession, en procédant ainsi à un nombre important d'abattements. Précisons cependant que *« les locataires doivent prendre garde à réaliser les travaux selon la méthode hôtelière pour qu'ils puissent être pris en considération lors de la fixation du loyer de renouvellement »³⁶⁷*. Ces baux offrent, également, la possibilité de conclure, et donc continuer à conclure malgré les dernières réformes, des baux fermes sans résiliation triennale.

64. Bail à usage exclusif de bureaux. – Les baux à usage exclusif de bureaux jouissent du même régime de faveur concernant le déplaçonnement du loyer et la faculté de prévoir un bail ferme. La légitimité d'un régime de faveur pour ce type de local est discutable. Elle fut d'ailleurs discutée au moment de l'adoption de la loi Pinel. Le Parlement avait fini par décider qu'on ne pouvait prévoir des règles plus strictes pour les bureaux, et dans le même temps vouloir faire du droit français un droit attractif, permettant d'inciter les grandes entreprises à laisser leur siège social principal sur le sol français³⁶⁸. Le bon compromis aurait probablement été de faire le choix, plus net, de ne plus du tout soumettre les bureaux au statut des baux commerciaux, comme cela se fait notamment chez le voisin britannique. L'exclusion du statut n'aurait pas été scandaleuse dans la mesure où l'on peine à comprendre quel exploitant le législateur cherche à protéger dans un bureau... Mais le maintien de ce sous-statut fut préféré.

65. Bail à usage de stockage. – L'article L. 145-4 vise également les locaux de stockage du même article, mais également ceux de l'article 231 ter du code général des impôts à savoir les locaux *« qui s'entendent des locaux ou aires couvertes destinés à l'entreposage de produits, de marchandises ou de biens et qui ne sont pas intégrés topographiquement à un établissement de production »³⁶⁹*. Il n'y a pas de remarque particulière à faire, ceux-ci à l'image des baux de bureaux offrent également une possibilité de bail ferme sans plafonnement.

³⁶⁶ Colomer P. « Fixation de plein droit à la valeur locative » in Collectif d'auteurs, « Droit et pratique des baux commerciaux 2017/2018 », 4e édition, E.D.

³⁶⁷ Monéger J., « Baux commerciaux – Chronique », JCP E. n° 4, 25 Janvier 2018, 1041

³⁶⁸ L'enjeu était évidemment fiscal.

³⁶⁹ CGI Art. 231 ter, modifié par Décret n°2017-698 du 2 mai 2017 - art. 1, en vigueur au 5 mai 2017

66. Bail visant un ensemble immobilier. – Enfin, il s’agit d’évoquer un autre cas de figure dont nous reparlerons lors de notre étude consacrée à la nouvelle répartition des charges suite à l’entrée en vigueur de la loi Pinel³⁷⁰. Il s’agit des ensembles immobiliers. Ceux-ci figurent désormais dans les dispositions d’un « *nouvel article L. 145-40-2 (...) relativement complexe à décrypter dans la mesure où il est prévu des obligations lors de la conclusion et au cours du bail et que son champ d’application est dissocié selon qu’il s’agit d’un local situé en pied d’immeuble ou dans un ensemble immobilier comportant plusieurs locataires* »³⁷¹.

Précisons dores et déjà que la notion d’« ensemble », à la différence de la « monovalence », n’est actuellement pas encore définie. Celle-ci devait probablement être destinée à encadrer le régime des centres commerciaux, mais la rédaction confuse et floue de l’article L. 145-40-2 qui ne vise qu’un « *ensemble immobilier comportant plusieurs locataires* » ne permet pas, à l’heure actuelle de savoir précisément quels locaux commerciaux sont concernés par le texte.

2- La justification des sous-statuts : équilibre et impératifs économiques

67. La question qu’il s’agit de se poser est celle de la justification des sous-statuts au sein du droit des baux commerciaux. Les raisons ayant pu encourager le législateur à légiférer au cas par cas, et à admettre, par la même occasion, que toutes les situations locatives ne se ressemblent pas, sont multiples.

Le législateur qui considère historiquement que, de par leur situation respective, bailleur et preneur sont forcément en situation d’inégalité, a pu simplement rechercher l’efficacité dans le rééquilibrage des situations. Il a pu encore répondre à un souci d’ordre économique. Peut-être a-t-il dû faire un choix (cornélien) entre la politique de promotion des offres locatives pour le commerce, et le développement de la distribution en ce qui concerne nos offres de consommation : rappelons en effet, comme le mettait en avant il y a peu de temps l’inspection générale des finances, que « *les commerçants sont les premiers acteurs de la vitalité commerciale d’un centre-ville, individuellement en tant qu’entrepreneurs et collectivement par une coordination à toutes les échelles pertinentes* »³⁷².

³⁷⁰ Infra n° 419 et s.

³⁷¹ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014 p. 535

³⁷² Sous la supervision de Lecomte A., « Rapport la revitalisation commerciale des centres-villes », Inspection générale des finances n°2016-M-022, Conseil général de l’environnement et du développement durable n°010404-01, juillet 2016

68. Le statut face à l'obsolescence des normes. – A nouveau, se pose la question de savoir ce que le législateur cherche véritablement à rééquilibrer et, surtout, pourquoi la solution qu'il adopte est toujours favorable au bailleur dans ces cas de figure. Nous nous demandons si le législateur opère réellement un travail de précision, en réalisant une étude au cas par cas, pour que le statut puisse s'adapter au mieux aux situations réelles de la pratique. La réponse, à en croire certains auteurs, serait négative. Il est en effet reproché au statut de ne pas s'intéresser en profondeur aux réalités économiques de notre temps³⁷³.

Dès lors, le législateur a peut-être un tout autre objectif, objectif beaucoup plus pertinent d'ailleurs : il s'agirait pour lui de faire durer la loi dans le temps. Rappelons d'abord que le statut a été construit en 1953. Ne revenons pas sur le fait qu'il avait pour objectif d'assurer une protection des commerces de centre-ville. Il ne s'agit pas ici de critiquer la non-adaptabilité du statut au commerce d'aujourd'hui. D'ailleurs, nous sommes forcés d'admettre que le législateur a su faire en sorte que ce statut, créé à l'époque où seuls quelques grands magasins existaient, en étant général parfois, et donc en offrant des voies de sorties très exceptionnellement pour des cas précis, ait une longévité de plus de 60 ans.

Maintenir l'équilibre au-delà des décennies, si tel était réellement l'ambition du législateur, cela consistait une tâche ardue. D'autant plus qu'il est impossible de prédire l'avenir, et que l'on doit bien se résoudre à ne pouvoir le faire qu'en connaissance et en observation de ce qui est, finalement, déjà le passé. C'est la question de l'obsolescence des normes, sauf que celle-ci n'était pas programmée. Le législateur doit alors faire des choix.

69. L'évolution de l'économie, plus que du commerce, semble montrer le besoin de ne pas créer seulement des exceptions, comme la loi Pinel de 2014 a par exemple pu le faire, mais bien de créer des régimes pensés individuellement, afin que ceux-ci puissent répondre à une cohérence d'ensemble.

Il s'agirait alors de repenser le bail commercial pour le commerce du XXI^{ème} siècle, en laissant la place à la liberté contractuelle d'une part, mais en l'encadrant toujours et encore par un ordre public fort : « *disparition ou adaptation, tel est le point de départ de l'analyse* » la conclusion du législateur étant pour le moment « *qu'un statut qui, depuis près de trois quarts de siècle, régit avec plus ou moins de bonheur l'organisation localisée de la distribution des produits et*

³⁷³ Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

des services, ne mérite pas la hache du bourreau, mais tout au plus le laser du chirurgien esthétique »³⁷⁴.

Inéluctablement, la pluralité des régimes existera. Il est impossible d'encadrer toutes les situations par un régime unique. Mais aujourd'hui rester dans un statut parcellaire, en créant ou en laissant se créer, au compte-goutte, des petits sous-statuts indépendants et imparfaits, en marge du statut, c'est prendre le risque de laisser également apparaître de réels vides juridiques où la liberté contractuelle à l'excès peut créer des situations dangereuses.

B) Un sous-statut en marge du statut : le loyer à bail binaire³⁷⁵

70. Clause-recette et liberté contractuelle. – Dans sa thèse « *Les modifications du loyer du bail commercial* »³⁷⁶, il y a plus de vingt ans, Madame Bagneris faisait déjà état des clauses dites « clauses-recettes » en des termes peu élogieux : « *l'excès de liberté peut être dangereux* ». En effet, la prise en compte des intérêts économiques des parties a conduit à élaborer, au fil du temps, de nombreuses clauses permettant de faire évoluer le loyer selon différentes modalités³⁷⁷ et d'échapper ainsi aux règles classiques d'indexations³⁷⁸.

C'est, notamment, le cas de la « clause-recette ». Madame Dumont-Lefrand la définit comme la clause permettant d'aménager la « *variation du loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire, et cela au fur et à mesure de l'exécution du bail* »³⁷⁹. Il existe plusieurs formes de clauses-recettes différentes. Celles-ci peuvent faire « *dépendre le loyer entièrement des résultats du preneur* », ou décomposer le loyer en une partie fixe et en une seconde partie évoluant avec le chiffre d'affaires du preneur : il s'agit alors du « loyer binaire ».

Madame Dumont Lefrand rappelle que « *ces clauses d'indexation du loyer font participer le bailleur aux résultats du locataire entraînant l'imposition des loyers versés au bailleur personne physique dans la catégorie des BIC et l'assujettissement de plein droit des loyers à la TVA* ».

³⁷⁴ Monéger J., « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle » AJDI 2000, p.484

³⁷⁵ Dumortier B.-H., « Le loyer binaire entre liberté contractuelle et soumission au statut », AJDI 2017 p.817

³⁷⁶ Bagneris M.P., « Les modifications du loyer du bail commercial », thèse de doctorat sous la direction de Louis Rozes, 1995, Université Toulouse 1 Capitole

³⁷⁷ cf infra n° 629

³⁷⁸ cf Cass. civ. 3^e, 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull. 2002 III N° 94 p. 83, où le loyer échappe aux règles du dé plafonnement dans le cas de la règle de variation de 25%.

³⁷⁹ Dumont-Lefrand M.-P., in « Droit et pratique des baux commerciaux 2017/2018 », 4e édition, E.D.

Si cette prise en compte des intérêts respectifs peut sembler « humaniser » le bail commercial et, comme cela sera envisagé en deuxième partie thèse³⁸⁰, faire en sorte de voir le contrat de bail commercial comme une véritable relation partenariale, cela peut également avoir un effet négatif. En effet, ces clauses-recettes, très fréquentes dans les centres-commerciaux, font depuis plusieurs années régulièrement l'actualité jurisprudentielle en matière de loyer de bail commercial³⁸¹.

71. Composition du loyer binaire. – Le cas de la clause dite de « loyer binaire », situation d'imprévision, a été depuis de nombreuses années soulevé par la jurisprudence, notamment à l'occasion de l'arrêt, très libéral, dit « *Théâtre Saint-Georges* »³⁸². Par cette clause-recette technique, les parties décident donc de ne pas aménager le loyer comme cela se fait habituellement en en faisant une somme fixe (le loyer évoluant simplement en appliquant un indice) mais en traitant celui-ci comme étant la somme de deux éléments.

Le premier élément est fixe, c'est-à-dire qu'on le traite comme expliqué précédemment, en appliquant simplement une indexation sur cette somme censée représenter la valeur de la propriété commerciale.

Le second est évolutif, et consiste en un loyer dépendant des résultats obtenus par l'exploitation de cette propriété commerciale, par l'exploitation du fonds par le locataire. Concrètement, cette deuxième partie sera, non pas indexée sur un indice de référence, mais sur l'évolution du chiffre d'affaires du preneur. Plus le chiffre d'affaires est élevé, plus le bailleur en retour obtient un loyer élevé. C'est en quelque sorte le marché qui est conclu entre le bailleur et le preneur.

Il est à noter que des clauses recettes moins classiques pourront également traiter l'évolution du loyer entièrement par application d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires. Mais dans le cas du loyer binaire, ces deux parties existent, et c'est bien là tout le problème. Se pose la question en effet de l'application des règles du statut des baux commerciaux à ces clauses de loyer³⁸³, et plus particulièrement à la partie fixe du loyer. Une partie du loyer étant conventionnellement

³⁸⁰ Infra n° 623

³⁸¹ En ce sens par exemple Legrix de la Salle S. in La Quotidienne, « L'actualité de la clause d'indexation dans les baux commerciaux par Me Legrix de la Salle », Ed. Fr Lefebvre, IMMOBILIER, 18 févr. 2016

³⁸² Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, pourvoi n°91-13.418, Bulletin 1993 III N° 30 p. 19

³⁸³ cf Monéger J., « Large étude prospective », AJDI 2014, p.112

Dumortier B.-H., « Le loyer binaire entre liberté contractuelle et soumission au statut », AJDI 2017 p.817

indexée par les parties³⁸⁴, il s'agit de s'interroger sur la potentielle soumission de la partie au statut des baux commerciaux.

72. Applicabilité du statut. – Il convient au préalable de mentionner que la Cour de cassation, de manière constante, règle une première difficulté en édictant une première règle : les baux à loyer binaire se voient appliquer les règles statutaires du droit au renouvellement, et la faculté d'option de l'article L. 145-57 du code de commerce³⁸⁵. Précisons que le droit d'option correspond plutôt à un droit de négation du statut. Il s'agit, en effet, du droit pour le bailleur qui offre à son locataire le renouvellement de finalement le refuser, et du droit pour le locataire, qui avait sollicité le bailleur pour le droit au renouvellement, de finalement y renoncer également. La renonciation est possible puisque que le prix³⁸⁶ n'est pas encore défini avant le renouvellement³⁸⁷ : les parties ne sont donc pas encore liées avant la fin du délai d'un mois suivant signification de la valeur définitive du loyer renouvelé³⁸⁸.

La difficulté tient plus aux règles statutaires en matière de fixation du loyer renouvelé ou révisé. Celles-ci doivent-elles être appliquées ? Accepte-t-on d'appliquer par priorité les règles conventionnelles fixées par les parties ? La Cour de cassation a, depuis des années, opté pour la deuxième solution³⁸⁹. Elle choisit donc d'écarter des règles clairement définies comme d'ordre public dans le statut. Elle écarte donc le statut tout simplement : c'est à l'évidence là la consécration de la volonté des parties !

L'arrêt le plus célèbre en la matière est l'arrêt « *Théâtre Saint-Georges* »³⁹⁰. Celui-ci affirme la pleine liberté contractuelle, en s'appuyant sur l'ancien article 1134 du code civil selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (et) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* »³⁹¹. De plus, cette jurisprudence refusait que le juge intervienne dans la loi des parties pour fixer le

³⁸⁴ Ce qui ne permet pourtant pas d'assimiler la clause-recette à la clause d'échelle mobile capable d'écarter les règles statutaires d'évolution du loyer. En ce sens par exemple Dumont-Lefrand M.-P., *ibidem*

³⁸⁵ Monéger J., *ibidem*

³⁸⁶ Prix qui constitue un élément essentiel du bail, notion d'élément essentiel qui sera très développée dans cette thèse : cf *infra* n° 578

³⁸⁷ CA Paris, 28 janvier 1997, Loyers et copr. n° 266, 1997

³⁸⁸ C. com. Art. L. 145-57, alinéa 2

³⁸⁹ Blatter J.P., obs. sur Cass. civ. 3e, 20 juill. 1994, pourvoi n° 93-10.657, AJDI 1995, 213

³⁹⁰ Auque F. note sous Cass. civ. 3e, 10 mars 1993, pourvoi n° 91-13.418, JCP G 1993, II, 22089

Brault P.H., « Baux commerciaux, le loyer variable, la valeur locative et les pouvoirs du juge », Loyers et copr. juin 1993

³⁹¹ C. civ. Art. 1134, en vigueur du 17 février 1804 au 1^{er} octobre 2016, créé par Loi 1804-02-07

montant de la partie fixe du loyer³⁹². La partie fixe reste donc la même, révision après révision, renouvellement après renouvellement. Seule la partie indexée évolue.

Quelle est la logique d'équilibre dans la mesure où le fait d'écarter le statut pour la partie fixe, revenant la plupart du temps à écarter la révision de la partie fixe à la hausse, apparaît clairement défavorable au bailleur ? On comprend qu'en faisant de la liberté contractuelle le principe, on fait clairement le choix de respecter le choix des parties de collaborer et de ne faire évoluer le loyer que sensiblement en fonction de l'état du chiffre d'affaires. La partie fixe ne consistant qu'en une partie minimale à laquelle le bailleur a le droit.

Il est, ici, une constatation intéressante à faire. A priori, pour le statut des baux commerciaux, historiquement, le contrat, donc la liberté contractuelle, est d'une part toujours défavorable au locataire. Et d'autre part, le statut est théoriquement toujours protecteur de ce dernier. Le contrat sert l'entreprise de profit du bailleur. Le statut protège le locataire en raison de sa vulnérabilité. On constate qu'ici cette affirmation est fausse. En effet, en l'espèce le bailleur donnerait tout pour bénéficier de la sévérité du statut qui offre à celui-ci la possibilité d'augmenter le loyer... Cela se comprend dans la mesure où, comme le disait Monsieur Leveneur, dans le statut la « *protection des locataires n'est pas sans quelques contreparties au profit des bailleurs* »³⁹³.

Selon Joël Monéger, par cette solution, « *la Cour de cassation avait ouvert la voie de la reconstruction d'un droit des baux commerciaux qui conjugue harmonieusement l'impératif légal, qui doit protéger, lorsque la situation l'impose et la liberté contractuelle qui reste un facteur essentiel de dynamisme économique* ».

La Cour choisissait donc la liberté contractuelle plutôt que l'ordre public, et l'équilibre était protégé. Pourtant tout un courant doctrinal prône aujourd'hui la solution inverse³⁹⁴. Selon Monsieur Monéger, « *même le partisan d'une plus grande liberté contractuelle permettant de répondre aux exigences économiques, ne peut s'empêcher d'éprouver, en droit, une certaine gêne face à l'éviction de l'ordre public en matière de loyer* »³⁹⁵.

³⁹² Cohen-Trumer D. obs. sur Cass. civ. 3^e, 27 janv. 1999, pourvoi n° 97-13.366, AJDI 1999. 699 et sur le même arrêt : obs. Derruppé J., RDI 1999. 323 ; et Monéger J., RTD com. 1999. 368

³⁹³ Leveneur L., « Où le bénéfice du statut des baux commerciaux est invoqué par le bailleur contre le preneur ! », Contrats Conc. Consom. n° 3, mars 2005

³⁹⁴ Dumortier B.-H., « Le loyer binaire entre liberté contractuelle et soumission au statut », AJDI 2017 p.81
Planckeel F., « Le maintien conventionnel du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », AJDI 2016, p. 403

³⁹⁵ Monéger J. « La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires », JCP G n° 52, 26 Décembre 2016, 1415

Cette position s'est particulièrement réaffirmée ces deux dernières années car la problématique des baux commerciaux à loyer binaire a ressurgi en jurisprudence. Deux arrêts tout d'abord ont retenu l'attention. Il s'agit de deux arrêts rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 3 novembre 2016³⁹⁶. Ces deux arrêts, désignés en doctrine comme étant les arrêts « *Marveine* », ont retenu particulièrement l'attention tant la solution adoptée était opposée à la jurisprudence « *Théâtre Saint-Georges* ».

Dans ces arrêts, les parties avaient fait le choix de maintenir les règles du statut pour le renouvellement, mais de s'en passer pour la révision. Ce choix, on le comprend aisément, a été source de complication dans l'évolution du loyer.

Les deux arrêts retiennent dans un assez long (et commun) attendu que :

« L'existence d'une clause de loyer binaire induit une incompatibilité avec les règles statutaires relatives à la fixation du loyer puisque celui-ci, dans un tel bail, n'est pas fixé selon les critères définis à l'article L. 145-33 que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer, mais peut prendre en considération des éléments étrangers à cette énumération tel qu'un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par le preneur, que l'accord des parties et la liberté contractuelle dont il est l'expression ne permet pas d'écarter cette incompatibilité, que, si les parties peuvent librement stipuler s'agissant du loyer initial et peuvent, d'un commun accord, fixer par avance les conditions de fixation du loyer du bail renouvelé, elles ne peuvent que stipuler sur les droits dont elles ont la disposition, qu'en l'espèce, dans le débat judiciaire qui s'ouvre en raison du désaccord des parties, les dispositions de l'article L. 145-33 s'imposent au juge des loyers commerciaux qui ne saurait fixer par application d'autres critères que ceux que la loi lui prescrit le loyer du bail renouvelé qui ne peut en aucun cas excéder la valeur locative ».

Le juge doit donc respecter le choix des cocontractants, certes, mais il doit surtout faire respecter les dispositions statutaires, en l'espèce celles de l'article L.145-33 du code de commerce. Ainsi, « *le loyer binaire réintègre le statut dont il était exclu depuis plus de trente ans* »³⁹⁷.

³⁹⁶ Cass. Civ. 3^e, 3 nov 2016, pourvoi n°15-16826, Publié au Bulletin

³⁹⁷ Andrich I., « Baux commerciaux : analyse et portée de la jurisprudence », Defrénois n° 31-33, décembre 2017, p. 40

Nous constatons, dans cette solution, plus de rigueur, ce que l'on pourrait analyser comme étant une sorte de lutte contre les sous-statuts. A moins de résonner à l'envers, car comme le souligne Monsieur Dumortier³⁹⁸ cela est également possible : on part du principe que le bail à loyer binaire ne fait pas partie du statut, et ce sont les parties qui choisissent contractuellement de se soumettre au statut. Dès lors, si elles le font pour le renouvellement, elles doivent le faire pour toute leur relation contractuelle : révision, congé, etc. ...

Pourtant, dans les deux situations, la Cour n'admet pas la divisibilité des règles.

Notons que dans cette affaire la cour de renvoi, la cour d'appel de Lyon, a par la suite³⁹⁹ très clairement fait sienne la motivation de la Cour de cassation, dans le cadre de la censure des arrêts qui lui étaient déférés⁴⁰⁰. La cour affirme que le juge des loyers, pour fixer la part fixe du loyer binaire, doit prendre en compte la part variable de celui-ci afin d'appliquer un juste abattement. Ce sera donc « *sur les modalités de calcul de cet abattement que se jouera la suite de ces dossiers* »⁴⁰¹. Notons qu'une décision récente⁴⁰² a retenu un « *abattement pour loyer binaire* » de 5%.

73. Réaffirmation d'un sous-statut en marge. – Le débat sur le loyer binaire ne s'est pas arrêté en 2016, après la décision de Cour de cassation citée précédemment. Celui-ci a continué en 2017 puisqu'à la fin d'année un arrêt, de cour d'appel cette fois, a été rendu et a offert de nouveaux arguments. C'est la Cour d'appel de Versailles qui a décidé que « *lorsque le bail prévoit un loyer binaire composé d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires et d'un loyer minimum garanti et stipule en outre que "les parties déclarent soumettre volontairement la procédure et les modalités de fixation de cette valeur locative aux dispositions des articles 23 à 23-9 et 29 à 31 du décret du 30 septembre 1953 et attribuer compétence au juge des loyers du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble", cette clause tente ainsi de réintroduire la procédure et les modalités de fixation du loyer telles que prévues au statut des baux commerciaux pour une partie seulement du loyer. Une telle clause est illicite et doit en conséquence être déclarée nulle et de nul effet* »⁴⁰³.

³⁹⁸ Dumortier B.-H., « Le loyer binaire entre liberté contractuelle et soumission au statut », AJDI 2017, p.817

³⁹⁹ CA Lyon, 3e ch., sect. A, 28 juin 2018, n° 16/09607, SAS André c/ SCI Marveine

⁴⁰⁰ Brault P.-H., « Sur la fixation du loyer de base en renouvellement à la valeur locative en présence d'un bail à structure binaire », Loyers et Copr. n° 9, Septembre 2018, 200

⁴⁰¹ Dumortier B.-H., « Loyer binaire et statut des baux commerciaux », DA, 17 juillet 2018

⁴⁰² TGI Créteil, 3e ch. civ. baux commerciaux, 27 juin 2018, n° 15/00009

⁴⁰³ CA Versailles, 19 septembre 2017, n°16/03805 : rejet de la clause

Dumur J.-P., « Loyer binaire : nouveau coup de théâtre à la cour d'appel de Versailles », AJDI 2017, p.713

Dès lors, le juge des loyers ne devrait pas se prononcer sur la détermination de la partie fixe (à la valeur locative selon l'envie des parties). Le statut ne s'applique pas au bail à loyer binaire. Il y a donc ici une réaffirmation de ce sous-statut par la cour d'appel.

74. Absence de jurisprudence constante. – Pour l'instant, faute d'arrêts de principe, et en dépit de la valeur importante que l'on peut prêter aux arrêts rendus par la Cour d'appel de Versailles, aucune jurisprudence n'est établie. Le loyer binaire se trouve bel et bien en marge du statut, ne serait-ce que provisoirement. Cette situation nous apparaît regrettable, tant la solution dégagée par les arrêts « *Marveine* » semblait rétablir l'équilibre fragile que le statut se doit d'assurer entre force de la volonté des parties, volonté initiale, adaptation nécessaire et juste du loyer lors du renouvellement.

Cela pouvait même offrir de nouvelles possibilités garantissant plus de souplesse dans l'adaptabilité du contrat, tout en maintenant l'équilibre du contrat sous le contrôle de la loi, ou plus précisément de la justice. Il est peu probable néanmoins que cette possibilité plaise particulièrement aux parties. Monsieur Monéger estimait que « *la réaction des bailleurs aura vraisemblablement été, dès la publication des arrêts Marveine, de ne plus confier cette mission aux juges* »⁴⁰⁴. La pratique pourrait donc voir se multiplier les clauses de loyer donnant total pouvoir de révision, ou plutôt de fixation, du loyer binaire à un tiers dont l'identité serait définie à l'avance par les parties : tout sauf le juge donc.

75. Il nous apparaît primordial que le législateur intervienne rapidement, dans les prochaines années, pour se saisir de ce sujet, et affirmer une solution claire sur ce point précis. Il « *n'a pas répondu à ce besoin ni en août 2008, ni en juin 2014* »⁴⁰⁵. Pourtant, pour ce qui est de la recherche de l'équilibre, il a souvent opté pour un parti pris net : celui de la mise à l'écart de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux.

⁴⁰⁴ Monéger J. « Baux commerciaux – Chronique », JCP E. n° 4, 25 Janvier 2018, 1041

⁴⁰⁵ Monéger J., « La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires », JCP G n° 52, 26 Décembre 2016, 1415

Chapitre 2 - La mise à l'écart de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux

76. La mise à l'écart de la liberté contractuelle ce pourrait être le rejet de la vision relationnelle du contrat, émanant des thèses solidaristes⁴⁰⁶, telle que définie précédemment⁴⁰⁷. En effet, l'encadrement des décisions, et des attentes des parties, semble en totale contradiction avec la vision libérale du contrat selon laquelle ces individus, connaissant parfaitement leurs contraintes et obligations extracontractuelles, sont les mieux placés pour juger de l'équilibre de leur contrat. Cette conception amène, en principe, à redouter toute forme d'interventionnisme dans le contenu du contrat.

L'individu considère en effet, la plupart du temps, que la liberté contractuelle permettant de faire face aux difficultés économiques⁴⁰⁸, empêcherait toute forme de dépendance contractuelle ou économique. Cette pensée est peut-être encouragée par la non capacité du législateur à prendre en considération la « réalité du terrain », c'est-à-dire à encadrer au mieux la diversité des situations locatives. Dès lors, la création d'un contrat « *sur mesure* »⁴⁰⁹ par les seules parties pourrait pallier cette incapacité. Mais, encore une fois, cette thèse paraît illusoire tant l'équilibre naturel, par le simple contrat, nécessite une situation naturelle d'égalité. Seule la justice contractuelle est à même de maintenir l'équilibre.

Cette justice contractuelle comprend à la fois l'encadrement législatif et le recours à la procédure judiciaire. Chacun sa fonction dans la justice contractuelle : les parties restent des acteurs économiques, lorsque juge et législateur assument le rôle de gardiens de l'équilibre fondamental du contrat. Pourtant au XXI^{ème} siècle, nombreux sont, par exemple, les contrats qui encadrent, ou cherchent à mettre à l'écart, l'intervention du juge désormais. La « *coopération* » entre cocontractant et juge serait donc l'enjeu de demain⁴¹⁰ pour les contrats à exécution successive, ceux qui ont vocation à durer de nombreuses années, puisqu'il s'agirait de trouver un équilibre entre résolution judiciaire et résolution par le contrat.

⁴⁰⁶ Leveneur L. in Nicod M. et Grunbaum L., « Le solidarisme contractuel », *Economica*, LGDJ, Etudes juridiques, 2004

⁴⁰⁷ Supra n° 14

⁴⁰⁸ Aynès L., « Crise économique et rapports de droit privé », PUF 1997, p. 57

⁴⁰⁹ Mekki M., « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC* n°1, janvier 2010, p.383

⁴¹⁰ Lamoureux M., « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants », PUAM, 2006.

77. La mise à l'écart de la liberté contractuelle serait donc, en partie, nécessaire. Celle-ci, dans les baux commerciaux, se fait par interventionnisme étatique dans la loi des parties (SECTION 1) ou par immixtion du juge dans la loi des parties (SECTION 2).

SECTION 1 - LA MISE A L'ECART DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE PAR INTERVENTIONNISME ETATIQUE

78. Le législateur est le garant de l'équilibre lorsque le contrat échoue à le mettre en place ou à le maintenir. Il est « *le maintien de l'harmonie entre les intérêts réunis et interdépendants, mais opposés et se répondant les uns les autres* »⁴¹¹.

L'importance de l'interventionnisme apparaît clair. « *Les lois veillent à ce que la société des citoyens ne souffre aucune atteinte, et si quelques méchants lui portent préjudice, elles les répriment* »⁴¹². S'agissant des baux commerciaux, la question porte particulièrement sur le perpétuel réajustement des textes, et sur l'intérêt de, sans cesse, revenir par petites touches sur le statut du décret de 1953. Cela s'explique, premièrement, par le fait que pour le commerce et l'économie, l'actualisation est nécessaire. Si l'on a pu louer la formidable longévité du statut précédemment, il faut à l'inverse bien comprendre, comme le soulignait déjà la commission Pelletier en 2004, que « *le texte initial a été profondément aménagé par la jurisprudence, prolix en la matière, et que la capacité d'adaptation d'un texte n'est pas extensible à l'infini* »⁴¹³.

Ensuite, il est un problème assez récurrent pour les baux : celui de l'intelligibilité de la loi. Beaucoup de textes, de réformes, de lois, de décrets, de jurisprudences, sont très difficiles à maîtriser, que ce soit aussi bien pour les parties que pour leurs conseils respectifs. Ainsi, revoir les textes, cela ne signifie pas toujours les « repenser fondamentalement », mais bien souvent faire en sorte d'assurer la sécurité juridique. L'effectivité de l'équilibre fondateur serait maintenue par la clarté de la règle, c'est-à-dire par la lisibilité du statut.

Aussi, le législateur percevant le manque de clarté de la loi, doit parfois très vite réformer sa propre réforme. Dernièrement, avec la loi Pinel, l'exemple le plus marquant c'est celui de la faculté offerte au preneur de donner congé par lettre avec accusé de réception (LAR). Dans la

⁴¹¹ Monéger J. « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000. 484

⁴¹² Rendu A., « Traité de morale », 1834

⁴¹³ Auque F. citant ce rapport, « Les propositions de réforme du statut des baux commerciaux », JCP G n° 30, Juillet 2004

loi du 18 juin 2014, ce devait déjà être une simplification. Cette faculté a été retravaillée par une série impressionnante de retouches, à savoir par le décret du 3 novembre 2014, ensuite par la loi Macron du 6 août 2015, puis à nouveau par le décret du 13 mars 2016. Corriger ses propres erreurs, c'est la norme pour assurer la sécurité juridique et l'applicabilité de la norme.

79. Etudier la loi, étudier l'intervention de l'Etat dans le contrat c'est comprendre la logique du législateur. C'est mettre en avant les outils que celui-ci utilise pour maintenir l'équilibre au fil du temps, au fur et à mesure que le commerce et l'économie changent. Ainsi, « *l'audit des lois est aussi nécessaire que celui des contrats* »⁴¹⁴.

Ici, il n'est plus question de réfléchir à la pertinence d'un statut, à sa nature, mais de revenir sur son origine, son esprit, son objectif. A l'origine, le but c'est évidemment la protection. Il suffit de remonter en 1926 et lire les premiers débats, les premières propositions avant même la création du statut en 1953. On remarque alors, déjà, que le législateur se trouve face à un épineux problème : qui doit-il protéger, ou qui mérite le plus d'être protégé ? Est-ce le commerçant, placé dans l'instabilité résultant de sa relation avec le bailleur, propriétaire des murs et tentant tout pour retirer le plus fort avantage de la mise en location de ceux-ci ? Est-ce plutôt le bailleur qui en prenant le risque d'investir dans l'immobilier et de mettre celui-ci à la disposition d'un commerçant, fait un geste en faveur de l'offre immobilière, et de l'économie française ?

Dans les débats parlementaires « pré-statut », on ne retient pas la qualification d'ordre public pour les éventuelles dispositions encadrant les relations bailleur-preneurs. « *Les nullités énoncées dans la loi étaient des nullités de protection. Ce n'est qu'au fil du temps que s'est forgée l'idée que la structuration du commerce impliquait leur qualification de règles d'ordre public* »⁴¹⁵.

80. En 2018, à l'heure de l'apogée de la liberté contractuelle, de la révision unilatérale du contrat, dans le seul but de redynamiser l'économie, il est intéressant de revenir sur le fondement idéologique du statut, celui de la protection notamment, d'autant plus que « *l'autonomie de la volonté peut constituer un moyen d'oppression des faibles par les puissants* »⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Monéger J. « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000. 484

⁴¹⁵ Ibidem

⁴¹⁶ Derrupé J., « Le congé en matière de bail », JCP G 1959, I, 1937

Prenons plusieurs lois notables en matière de bail commercial. La loi du 30 juin 1926 intervient pour « *régler les rapports entre locataires et bailleurs* ». Pareillement, le Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 intervient pour « *régler les rapports entre bailleurs et locataires* ». La loi n°86-1280 du 23 décembre intervient pour « *favoriser l'investissement locatif et le développement de l'offre foncière* ». La loi Murcef du 11 décembre 2011 intervient pour interdire la baisse des loyers en faveur également de « *l'investisseur* » (ou du bailleur). Finalement la loi Pinel du 18 juin 2014 intervient pour rétablir une plus grande protection du locataire, au détriment de l'investissement locatif du bailleur.

La loi semble donc favorable tantôt au locataire, tantôt au bailleur. Cela s'explique par le fait qu'elle doit protéger deux intérêts différents, deux propriétés différentes (**Paragraphe 1**). Pour protéger les deux, le législateur doit, parfois difficilement, trouver la bonne équation (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - L'objectif de protection des intérêts respectifs des deux parties

81. Dans la recherche de l'équilibre fondamental du bail commercial, le législateur est confronté à des choix particulièrement épineux, lorsqu'il est question de la protection de l'une ou l'autre des deux sortes de propriétés que l'on retrouve dans la relation particulière qui lie bailleur et preneur.

Le choix peut être cornélien puisque, en privilégiant tantôt l'une ou tantôt l'autre, le législateur ne doit pourtant pas uniquement chercher à protéger l'une ou l'autre des parties. Le raccourci serait dangereux. En effet, l'objectif est de protéger l'équilibre du bail commercial, qui est un intérêt commun aux deux parties que sont le bailleur et le locataire. Pourtant, celles-ci n'œuvrant pas pour la même chose, c'est bien d'une forme de conflit d'intérêt dont il est question. Mais cela n'est pas rédhibitoire si l'on considère le contrat comme « *une sorte de microcosme, de petite société où chacun doit travailler dans un but commun* »⁴¹⁷.

Pour le bail commercial, l'intérêt commun c'est à n'en pas douter la valeur du fonds et la valeur du local. Le fonds acquiert sa valeur grâce à son exploitation dans le local. Et le local garde ou acquiert de la valeur grâce à la bonne exploitation du fonds. De ce côté, les parties travaillent main dans la main. Elles devraient le faire en tout cas.

⁴¹⁷ Demogue R. in Cedras J., « Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel 2003, doc. fr., 2004

L'enjeu est donc plutôt dans l'équilibre que le législateur doit trouver entre protection d'une propriété immobilière, et protection d'un commerce (A). En 2004, le rapport Pelletier soulignait que le droit des baux commerciaux avait réussi à trouver cet équilibre, mais qu'il fallait se rendre à l'évidence : inéluctablement il est impossible de trouver un équilibre parfait⁴¹⁸. D'autant plus que l'une des deux propriétés étudiées ci-après est clairement remise en question (B).

A) Un interventionnisme législatif justifié par la protection de deux propriétés différentes

82. Même si « *le bail commercial tout comme tout bail ordinaire est un contrat qui confère au preneur un droit personnel* »⁴¹⁹ (2), le législateur doit évidemment prendre en considération le droit de propriété immobilière du bailleur, son droit sur la chose qu'est le local (1).

1- La prise en compte du droit de propriété immobilière

83. Soutien de l'investissement locatif. – Le législateur envisageant de nouvelles normes et concédant toujours plus de sécurité au locataire, doit également s'évertuer d'assurer une certaine protection des intérêts du bailleur. C'est le bailleur qui, le premier, prend un risque en réalisant le grand investissement que représente l'achat d'un immeuble. Si le locataire doit louer un local, pour exercer son activité, c'est qu'il est lui-même dans l'incapacité de réaliser un tel investissement. Il faut donc, en premier lieu, toujours avoir conscience que ne pas prendre en compte les intérêts du bailleur, ce serait ne pas encourager « l'investissement locatif ».

84. Respect d'un droit fondamental. – En second lieu, s'il est vrai que le bailleur cherche la plupart du temps à augmenter les loyers, ce n'est pas uniquement dans une volonté de dégager un simple profit, ou de chercher à poser problème à l'exploitant, mais c'est pour être capable de rentabiliser l'achat de cet immeuble, immeuble sur lequel il détient un droit de propriété. Ce droit est reconnu comme étant en principe inviolable et sacré par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁴²⁰.

Le législateur doit respecter ce droit, et en tenir compte lorsqu'il entreprend de réformer. Cette nécessité, en remontant un peu le temps, était flagrante au moment de la confection de la loi du

⁴¹⁸ Auque F., *ibidem*

⁴¹⁹ Planckeel F., « L'incidence du droit des biens sur les baux commerciaux », *Loyers et copr.* n°10, octobre 2017

⁴²⁰ En effet selon les articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* » ; « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.* »

11 décembre 2011, dite loi MURCEF⁴²¹, venant elle-même corriger l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce. Par cette loi, votée sous le Gouvernement Jospin⁴²², le législateur optait en effet pour des dispositions favorables au bailleur puisque, sans entrer dans les détails, dans le cadre du plafonnement du loyer, il limitait la possibilité que le loyer puisse baisser à la suite de la révision triennale. Cette loi intervient à l'époque « *à la demande des investisseurs* »⁴²³ suite à la crise immobilière de 1992⁴²⁴.

En effet, pendant plusieurs années on assistait à la baisse de la « *valeur locative* »⁴²⁵. Aussi, lorsqu'il fut question de légiférer sur les baux commerciaux, de grands groupes de pression constitués par de puissants investisseurs de l'immobilier entrèrent en action. Au Sénat fut émise l'idée de dissocier selon les situations, et de faire en sorte que la révision du loyer ne soit pas la même selon la surface du local, ou selon l'usage qui était fait de ce dernier⁴²⁶. L'Assemblée Nationale rejeta catégoriquement cette idée. Madame Bricq, députée à l'époque, y fait la déclaration suivante : « *un dispositif plus équilibré serait une meilleure réponse, pour les bailleurs, aux arrêts récents de la Cour de cassation qui a modifié sa jurisprudence* ».

Sur la recherche de l'équilibre, Monsieur Monéger concluait à l'époque de cette façon : « *les spécialistes en légistique savent combien est difficile l'obtention d'un point d'équilibre politique au sein d'un Parlement divisé et sous l'influence des groupes de pression* »⁴²⁷.

85. Atteinte potentielle au droit de propriété. – Le législateur prend donc, contrairement à l'idée reçue, et même complètement fausse, selon laquelle en matière de bail commercial celui-ci va toujours dans un sens favorable au locataire, en compte le droit à la propriété

⁴²¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)

Auque F., « Le bricolage par la loi MURCEF du statut des baux commerciaux », JCP G 2002, act. 18

Baverez J., « Révision judiciaire du loyer commercial : épilogue parlementaire d'une chronique judiciaire », D. 2002, p. 195

Blatter J., « D'un effet à l'autre ou de la révision à l'indexation », AJDI 2001, p. 953

Brault P.-H., « Révision : le Parlement et le Gouvernement confrontés à la jurisprudence », Loyers et copr. juill.-août 2001

⁴²² Ruet L., « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

⁴²³ Barbier J.-D., « La réforme sans forme », GP n°40, février 2002, p.5

⁴²⁴ Cette crise immobilière est marquante en ce qu'elle provoqua la faillite de grands groupes immobiliers. L'Insee la prit, encore récemment, comme élément de comparaison en 2009, lorsque l'on assista, à nouveau, au « retournement de l'immobilier » : cf L'Obs, « 1993, une récession comparable à celle prévue pour 2009 », Economie, 19 décembre 2008

⁴²⁵ On expliquera ensuite dans la thèse en quoi cette valeur a une importance considérable pour l'équilibre : infra n°244 et s.

⁴²⁶ JO Sénat CR 6 juin 2001, p. 2746.

⁴²⁷ Monéger J., « La loi Murcef et la révision du statut des baux commerciaux à droit constant », JCP N n° 12, mars 2002, 1211

immobilière du bailleur. Néanmoins, certains mécanismes légaux, comme le plafonnement du loyer, privent clairement le bailleur ce droit. Se pose alors la question de la Constitutionnalité de la loi sous l'angle du droit des biens.

En effet, si le droit de propriété du bailleur ne doit subir aucune restriction, tant celui-ci apparaît fondamental à la lecture de la Constitution, comment justifier une situation dans laquelle le propriétaire d'un immeuble, mis à la location, n'en perçoit jamais le prix réel ? Rappelons que ce droit de propriété « *ne doit pas subir une altération disproportionnée au but poursuivi* »⁴²⁸. On peut dès lors se demander si un plafonnement de loyer respecte cette condition. Quelques questions prioritaires de constitutionnalité ont été lancées, aussi bien d'ailleurs sur le simple plafonnement du loyer⁴²⁹ que sur le nouveau plafonnement du déplaçonnement du loyer⁴³⁰, issu de la loi Pinel.

A ce jour, quelques bailleurs ont usé de l'article 61-1 de notre Constitution⁴³¹, en soutenant par exemple que « *les dispositions de l'article L. 145-34 du Code de commerce, qui prévoient le plafonnement du montant du loyer des baux commerciaux renouvelés, sont contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à la liberté contractuelle et à la libre concurrence garanties par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'au droit de propriété garanti par l'article 17 de ladite déclaration* »⁴³².

Ces derniers ont vu leur demande repoussée par la Cour de cassation pour manque de sérieux, et pour méconnaissance des règles du statut d'autre part.

En effet, la Cour de cassation a, d'une part, justifié le non-sérieux de la question par le fait que les parties peuvent clairement faire le choix d'évincer le plafonnement, par l'aménagement de leur bail initial. Pour ces aménagements nous renvoyons aux cas de figure envisagés précédemment⁴³³. D'autre part, la Cour a également pu considérer que l'évolution du loyer par l'application d'un système d'indexation offrait aux parties une situation locative stable.

La Cour de cassation, tout comme que législateur, ne prend-elle pas assez en compte le droit immobilier du bailleur, au profit d'un autre droit économique ? Peut-être considère-t-elle,

⁴²⁸ Planckeel F., « L'incidence du droit des biens sur les baux commerciaux », Loyers et copr. n°10, octobre 2017

⁴²⁹ Cass. civ. 3e, 13 juill. 2011, Bull. civ., III, n° 134 ; Cass. civ. 3e, 28 sept. 2011, pourvoi n° 11-13.879 (non publié)

⁴³⁰ Cass. civ. 3e, 3 nov. 2016, pourvoi n° 16-40.239, jurisdata n° 2016-022804, publié au Bulletin

⁴³¹ Et ont donc posé une question prioritaire de constitutionnalité

⁴³² Cass. civ. 3e, 13 juill. 2011, QPC, 13 juillet 2011 pourvoi n°11-11072

⁴³³ Supra n° 62 et s.

comme certains auteurs, que « *une fois que le propriétaire a donné son consentement au bail commercial, il a consenti à l'application du statut et (donc) des contraintes qui vont avec* »⁴³⁴. Ces contraintes ont, notamment, vocation à protéger la « propriété commerciale » du locataire.

2- La protection d'un droit économique : la propriété commerciale justifiant la protection du locataire

86. « *La propriété commerciale. Tous les commerçants, artisans et industriels conserveront, en principe, ce droit fondamental que leur accordent les textes* »⁴³⁵. Madame Auque cite ainsi le rapport de la commission Pelletier de 2004, selon lequel c'est le droit au renouvellement conféré par cette liberté contractuelle qui « *assure l'équilibre de l'édifice (le statut) parce qu'il contribue à la pérennité du fonds* »⁴³⁶.

87. Une terminologie incertaine. – La notion de propriété commerciale, installée dans nos habitudes, n'est pourtant pas définie légalement. Elle fut avant tout une construction jurisprudentielle et doctrinale. Elle précède pourtant largement le statut des baux commerciaux, puisqu'elle fait son apparition concomitamment à celle de la notion de fonds de commerce. Rappelons que le fonds de commerce est reconnu pour la première fois en 1909⁴³⁷ par la législation sur sa vente et son nantissement. Comme le souligne Jean-Pierre Dumur, « *c'est un député de Seine et Oise du nom d'Amédée Thalamas qui a eu l'idée de parler de « propriété commerciale » pour la première fois... en décembre 1911* »⁴³⁸.

Fonds de commerce et propriété commerciale sont donc deux notions indissociables. La propriété commerciale désigne tout simplement l'appartenance du fonds à l'exploitant qui l'exploite dans les locaux. Cela ne soulève aucune difficulté lorsque local et fonds appartiennent à la même personne. La difficulté apparaît parce que l'exploitant ne possède que le fonds qu'il exploite dans les locaux d'un propriétaire tiers : le bailleur. En effet, dans ce deuxième cas de figure, précarité et incertitude entourent l'exploitation du fonds de commerce puisque, rappelons-le, aucune disposition dans le code civil ne donne droit au locataire de rester dans les locaux à la fin de bail.

⁴³⁴ Planckeel F., *ibidem*

⁴³⁵ Auque F. « Les propositions de réforme du statut des baux commerciaux », JCP G n° 30, Juillet 2004

⁴³⁶ Rapport de la Commission, Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels, www.justice.gouv.fr, p.13

⁴³⁷ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce

⁴³⁸ Dumur J.-P., « Le temps et le loyer », *Loyers et copr.* n° 3, Mars 2017, dossier 4

La loi, pour y remédier, crée le droit au renouvellement du bail en 1926⁴³⁹, en offrant au locataire une indemnité d'éviction en cas de refus du bailleur du renouvellement. Aujourd'hui, selon les termes de l'actuel article L. 145-14 du Code de commerce l'indemnité doit être « *égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement* »⁴⁴⁰.

Le locataire, une fois le bail commercial signé, se voit donc consentir un véritable droit à rester dans les locaux. Comme l'explique Monsieur de Belot, « *c'est ce droit qui va créer une valeur authentique dans le patrimoine du propriétaire du fonds : une véritable propriété commerciale* »⁴⁴¹. Pour lui, il est même étonnant que la loi n'ait jamais songé à créer un article consacrant la propriété commerciale, tant celle-ci est justifiée. Il va même jusqu'à en faire un démembrement de la propriété immobilière, abordée précédemment.

Madame Auque partage cette idée, allant jusqu'à qualifier la propriété commerciale « *d'accaparement de l'utilité de l'immeuble au sens féodal du terme* ». Selon elle, on retrouverait en effet la distinction qui existait dans « *l'ancien droit français (...) entre le domaine éminent et le domaine utile : la terre appartenait au suzerain qui la concédait à un tenancier à charge de l'exploiter perpétuellement* ». Il y aurait ainsi un « *partage presque similaire de la propriété, avec d'ailleurs les mêmes hésitations sur la nature des droits de chacun* »⁴⁴².

Monsieur Ruet, quant à lui, précise que, bien qu'« *impropre juridiquement* », la propriété commerciale « *n'en est pas moins pertinente sous un angle économique* ». D'une part, selon l'auteur, elle ne vise que le droit au renouvellement du bail commercial, si bien que les deux notions seraient confondues. D'autre part, le recours au terme de propriété s'explique économiquement par « *symétrie* » : l'idée est de montrer que « *la stabilité procurée au locataire par la force du droit au renouvellement est proche de celle dont bénéficie le propriétaire grâce à son droit* ». Ainsi, « *la propriété du bail est proche, par ses effets dans la durée, de la propriété des murs* »⁴⁴³.

88. Une multiplication des contentieux à l'origine de multiples réformes. – Mais cette notion, sorte de droit patrimonial donc, créa directement des problèmes dans la pratique, puisqu'à la suite de la promulgation de la loi de 1926, se multiplièrent les contentieux. De cette

⁴³⁹ Loi du 30 juin 1926 S BAILLEURS LOCATAIRES JORF du 1 juillet 1926 page 7210. A noter que la loi est souvent appelée « loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale ».

⁴⁴⁰ Article en vigueur au 21 septembre 2000

⁴⁴¹ Belot P., « Soixante-treize ans de propriété commerciale », GP n°4, janvier 2000, p. 58

⁴⁴² Auque F., « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000. 478

⁴⁴³ Ruet L., « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

forte source de litiges, apparut la nécessité d'apporter des modifications aux textes comme le montre la Circulaire du 30 avril 1927 sur la propriété commerciale, de Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, relative à l'application de la loi du 22 avril 1927 :

« Une jurisprudence contradictoire née des interprétations les plus différentes a créé des inégalités choquantes (...) a divisé des parties qui n'avaient pas pu se rencontrer pour discuter en toute bonne foi de leurs intérêts respectifs. Des locataires ignorants ou trompés par l'incertitude des textes (...). D'autre part, profitant de la confusion provoquée par une application hâtive et rigoureuse de la loi, des locataires peu scrupuleux de leurs obligations contractuelles que des droits légitimes de leurs propriétaires, n'ont pas hésité à user de moyens dilatoires pour se perpétuer, sans droit ni titre, dans les lieux loués »⁴⁴⁴.

Ainsi, des lois interviennent et la propriété commerciale résultera donc de l'application combinée des lois de juin 1926, du 22 avril 1927 et du 13 juillet 1933. Malheureusement les modifications intervenues, non seulement ne calment pas le contentieux, mais le relancent. Si bien que, comme le rappelle Philippe Belot⁴⁴⁵, à cette époque des cabinets d'avocats, sentant le filon des contentieux très longs qui vont généralement jusqu'en Cassation, font même le choix de se spécialiser dans le « droit de la propriété commerciale » ... Et ce sont eux qui, au contact des réalités, feront vivre le droit de la propriété commerciale et élaboreront, grâce aux décisions rendues par le juge, le « droit du renouvellement ».

Puis vient le décret du 30 septembre 1953. Selon les auteurs, le texte particulièrement bien équilibré aurait mérité, cette fois-ci, de vivre et être conservé quelques temps avant de se voir directement appliquer des modifications législatives. L'équilibre entre les intérêts respectifs des parties était quasi parfait ce qui, selon une grande partie de la doctrine, ne durera pas puisque le législateur choisira par la suite de complexifier le statut, spécialement son système de calcul et de révision des loyers et de la valeur locative.

Pour revenir à la propriété commerciale, le législateur protégea un peu plus sur ce droit puisque, sur une période assez courte, celui-ci bloqua les loyers de baux renouvelés⁴⁴⁶, octroya un mécanisme favorable aux locataires en privant le bailleur de sa faculté de ne pas payer

⁴⁴⁴ Circulaire du 30 avril 1927, relative à l'application de la loi du 22 avril 1927 – Lois commerciales et fiscales sur feuillets, Propriété commerciale, Classement alphabétique : Lettre P – Dossier n°2

⁴⁴⁵ Belot P., *ibidem*

⁴⁴⁶ Décret n°72-561 du 3 juillet 1972 modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal

d'indemnité d'éviction en cas de motif grave⁴⁴⁷, fixa un minimum de 9 ans pour la durée du bail, et créa une faculté de déspecialisation⁴⁴⁸.

C'est précisément à ce moment précis de l'histoire de la législation sur les baux commerciaux, que le législateur change d'objectif dans son intervention étatique : « *on est passé de la protection du fonds de commerce à la protection du locataire* »⁴⁴⁹. Suivra ensuite ce que bon nombre d'auteurs désigne comme étant le début de la fin de l'équilibre du statut : le plafonnement du loyer⁴⁵⁰. Ce fut en tout cas la fin du droit absolu du bailleur à sa propriété, puisque comme nous l'évoquions précédemment, désormais, les loyers même déplaçonnés ne retrouveraient quasiment plus jamais la valeur locative. La révision du loyer se fera désormais « *à sens unique* »⁴⁵¹.

Le locataire jouit désormais d'une grande protection. Il est titulaire d'un bail commercial lui permettant d'exploiter son activité, son fonds de commerce, qui désormais peut être valorisé sur le temps, et d'un droit à la propriété commerciale lui permettant de rester dans les locaux. C'est la pratique, appuyée par la jurisprudence et complétée par la loi, qui consacra ce qu'on appelle encore aujourd'hui « un droit en faveur uniquement du locataire ».

89. Le droit de propriété commerciale entre droit personnel et droit réel. – Bien que cohérent sur le plan purement économique, le terme de « droit de propriété commerciale » continue de diviser la doctrine, sous l'angle du droit des biens. C'est, plus exactement, la nature de ce droit qui pose certaines difficultés. Rappelons qu'il ne s'agirait, selon l'analyse « *civiliste classique* »⁴⁵², que d'un droit de créance du locataire contre son bailleur, c'est-à-dire d'un « droit personnel ». Mais les réformes intervenues depuis 1926, rappelées précédemment, et « *prises pour renforcer la situation juridique du locataire d'un immeuble, ont pu faire croire que son droit personnel s'était muté en droit réel* »⁴⁵³. Si bien que l'on peut observer, en conséquence, un certain rapprochement du droit du locataire avec un « droit réel ». Nous considérons, pour

⁴⁴⁷ Loi n° 60-783 du 30 juillet 1960 modifiant les articles 1er, 7,9,11,14 et 20 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal

⁴⁴⁸ Loi n° 65-356 du 12 mai 1965 modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre les bailleurs et les locataires en ce qui concerne les baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal

⁴⁴⁹ Belot P., *ibidem*

⁴⁵⁰ Décret n°72-561 du 3 juillet 1972 modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal

⁴⁵¹ Ruet L., *ibidem*

⁴⁵² Lequette Y., « Les droits du locataire sur les biens loués », RFDA 2003, 386

⁴⁵³ Normand S., « Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial », Ed. Laval, 17 août 2006

notre part, que le droit du preneur reste juridiquement un droit personnel, puisque constitutif de droits et d'obligations entre deux personnes. Cependant, comme ont pu le mettre en évidence Messieurs Malinvaud et Fenouillet, « *tout se passe finalement comme si le bail était illimité* », et l'on assiste à « *une véritable transformation de la nature du droit du preneur : son droit ne s'exerce plus seulement à l'encontre du bailleur, mais directement sur les lieux loués* »⁴⁵⁴.

Ainsi, à l'image de Derrupé, un nombre important d'auteurs considèrent désormais que le locataire jouit, en vertu de son bail commercial, d'un droit réel⁴⁵⁵, puisque celui-ci porte directement sur l'immeuble mis en location. Cette thèse ne « *serait pas sans assise* », selon Monsieur Ruet dans la mesure, notamment, où l'indemnité d'éviction que devrait payer le bailleur pour récupérer « *la pleine maîtrise de son bien* », d'une part est « *déterminée de telle sorte qu'elle s'apparente à une indemnité d'expropriation* » et, d'autre part, est suffisamment coûteuse pour dissuader les bailleurs de refuser le renouvellement du bail à leur locataire⁴⁵⁶.

Même si la Cour de cassation, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 mars 1861⁴⁵⁷, trancha historiquement en faveur de la qualification de droit personnel du locataire, le Conseil d'Etat considérera, quant à lui, en 2002, que le « *droit de propriété a, comme son corollaire qu'est le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail, le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-1* »⁴⁵⁸. Le Conseil d'Etat semble ainsi se ranger derrière la thèse du droit réel et certains auteurs, comme Monsieur Lequette, regrettèrent, alors, que ce dernier n'ait pas fait le choix de définir le droit du locataire comme « *le droit de retirer librement les utilités de la chose louée* »⁴⁵⁹, ce qui aurait été, nous les rejoignons sur ce point, probablement bien moins source de confusions par la suite.

D'autres auteurs⁴⁶⁰ qualifient, toujours, cette propriété commerciale de droit personnel, dans la mesure où le droit de propriété immobilière du bailleur « *ne fait pas l'objet d'un démembrement de propriété et qu'en aucun cas il ne peut y avoir transfert de propriété sur la tête du*

⁴⁵⁴ Malinvaud P., Fenouillet D., « Droit des obligations », 12^e édition, LexisNexis 2012

⁴⁵⁵ Sur le sujet, Derrupé J., « La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance », thèse, Toulouse, 1952 ; même auteur « Souvenir et retour sur le droit réel du locataire », in Mélanges Boyer, PU Toulouse, 1996, p. 169

Plus ancien voir également : Ginossar S., « Droit réel, propriété et créance, 1960, LGDJ ; De Vareilles-Sommières, « La définition de la notion juridique de la propriété », RTD civ. 1905, p. 456 ; et Troplong T., « Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage », 1840, p. 488

⁴⁵⁶ Ruet L., « Existe-t-il un droit à la propriété commerciale ? », RTD civ. 2005, 619

⁴⁵⁷ cf De Vincelles C., « Jouissance du locataire par l'intermédiaire du bailleur » in « Bail », ED, juillet 2014

⁴⁵⁸ CE, 29 mars 2002, SCI Stéphaure 29-03-2002, n° 243338

⁴⁵⁹ Lequette Y., *ibidem*

⁴⁶⁰ Normand S., *ibidem* ; De Vincelles C., *ibidem*

preneur »⁴⁶¹. Ceux-ci rappellent également que, selon l'article 544 du code civil, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », ce qui serait impossible pour le locataire : en effet, le contrat confère au locataire un simple droit personnel de jouissance puisqu'il ne peut exercer son droit « *qu'à travers le bailleur* »⁴⁶².

Néanmoins, ce même contrat est un acte de disposition, « *au même titre que le transfert de propriété* ». Disposer, selon Zenati, c'est « *faire ce que l'on veut d'une chose, en user ou ne pas en user, l'aliéner ou la conserver, etc* »⁴⁶³. Dès lors, la conséquence de cet acte est bien la suivante : « *la propriété du bail est proche, par ses effets dans la durée, de la propriété des murs, et est même plus intéressante fiscalement. Elle « fournit au commerçant locataire les avantages de la propriété de l'immeuble (la stabilité), mais sans ses inconvénients (juridiques et fiscaux)* »⁴⁶⁴.

Finalement, peut-être ne devrait-on plus considérer, à l'image de Monsieur Sériaux, la propriété comme le seul phénomène « *d'accaparement* ». En conséquence, un droit réel, mais « *temporaire* », du locataire pourrait être reconnu, à l'image de ce qui se fait pour la fiducie, afin de permettre à celui-ci « *de gérer le bien avec plus de souplesse et de liberté que si le gérant n'exerçait qu'un simple mandat* »⁴⁶⁵. On retrouve cette idée dans les écrits défendant l'existence d'une « *propriété économique* »⁴⁶⁶ qui, « *à l'égal des droits réels* » aurait une efficacité externe, « *ce qui permet de la définir passivement comme une obligation réelle* », serait temporaire et, plus généralement, d'origine contractuelle⁴⁶⁷. Pour Goyet, le caractère temporaire de la propriété, « *limitée dans le temps par un contrat* », « *rend compte des vertus de la propriété juridique. Si la limitation de la durée du droit du débiteur lui impose de subir la perte de celui-ci à l'expiration du contrat, elle explique, symétriquement, la certitude que le créancier possède de recouvrer la pleine propriété au cas de défaillance de son débiteur* ». Le droit au bail, et la propriété commerciale nous apparaissent, en ce sens, parfaitement compatibles avec les propriétés temporaires et économiques.

90. La propriété commerciale, fondement du développement du commerce dans notre pays. – En 2005, Monsieur Rouquet relevait cette phrase, lourde de sens, au sein du rapport de

⁴⁶¹ Vermot-Gauchy E., « Le droit au renouvellement du locataire, comme transcendant le simple droit personnel mobilier », Publication Faculté de droit de Saint-Etienne, 2 avril 2013

⁴⁶² Zenati F., « Caractère constitutionnel du droit de propriété », RTD civ. 1996, 932

⁴⁶³ Ibidem

⁴⁶⁴ Ruet L., « Les baux commerciaux », 4e édition, 2017, Defrenois

⁴⁶⁵ Sériaux A., « La propriété droit fondamental » in « Propriété », ED 2016

⁴⁶⁶ Goyet C., « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », Paris, LGDJ, 1983, p.195
Blanluet G., « Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français », LGDJ, 6 mai 1999, 492 p.

⁴⁶⁷ Goyet C., ibidem

la Commission Pelletier : « aucune réforme ne sera entreprise qui modifierait l'équilibre actuel de la propriété commerciale, qui est l'une des bases du développement du commerce dans notre pays »⁴⁶⁸. La propriété commerciale serait donc intouchable dans le droit des baux commerciaux. Elle serait la raison d'être de l'exploitation du fonds, le moyen de sécuriser la clientèle et le commerce de l'exploitant. Pour d'autres auteurs, elle constitue même « l'obstacle majeur à la suppression pure et simple du statut »⁴⁶⁹.

Avant cet auteur, Derrupé, analysant les débats qui entouraient la propriété commerciale en 1926, faisait en 1993 la conclusion suivante : « ce temps est révolu. (...) Les critiques qu'elle a suscitées au plan économique et qui ont été réunies et développées dans le célèbre rapport Rueff-Armand sur les obstacles à l'expansion économique au début des années soixante n'en ont pas ébranlé les fondements ni affecté l'édifice. Au contraire, l'évolution s'est faite dans le sens d'un renforcement des droits et de la protection du locataire »⁴⁷⁰.

Pourtant, 20 ans plus tard, beaucoup remettent en cause la propriété commerciale, notamment au regard de ce qu'est devenue la réalité de la pratique des baux commerciaux.

B) La remise en question de la propriété commerciale dans le « nouveau » droit des baux commerciaux

91. La pertinence de la propriété commerciale est donc remise en question ces dernières années (1). Cette propriété commerciale, qu'elle soit oui ou non justifiée, est en fait indirectement réduite en cendre par la pratique elle-même, puisque celle-ci disparaît par le simple jeu de ce que l'on appelle la « décapitalisation » (2).

1- La pertinence de la propriété commerciale dans le droit des baux commerciaux, après la mutation du commerce

92. Un droit à la stabilité du locataire. – A nouveau, la doctrine semble beaucoup plus partagée sur l'existence de cette propriété. Tout d'abord, c'est la pertinence de la dénomination même de « propriété commerciale » qui est remise en question. Bien que pouvant être pertinente sur le plan économique⁴⁷¹, les auteurs continuent de la trouver illégitime juridiquement,

⁴⁶⁸ Rouquet Y., « Réforme des baux commerciaux : l'équilibre actuel sera préservé », AJDI 2005, P. 512

⁴⁶⁹ Auque F., ibidem

⁴⁷⁰ Derrupé J., « Baux commerciaux. Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993.

161

⁴⁷¹ Ruet L., supra n° 87

constatant simplement que le bailleur ne fait jouir son locataire d'aucune propriété. Ce dernier ne l'acquiert pas non plus.

Nous faisons état, précédemment, d'une assimilation de la propriété commerciale au droit au renouvellement⁴⁷². Si bien que les auteurs affirment que la propriété commerciale c'est « *la possibilité pour le locataire commerçant d'avoir droit indéfiniment au renouvellement de son bail de la part de son propriétaire* »⁴⁷³. Le terme de droit à la stabilité dans les locaux, ou même de droit à l'exploitation du fonds dans le local, correspondrait en ce sens beaucoup plus à la réalité.

C'était d'ailleurs, si l'on se réfère aux nombreux débats parlementaires, l'esprit de la loi : « *pour assurer l'amortissement de ses investissements, le commerçant locataire doit être assuré d'une durée suffisante de son bail. (...) C'est pourquoi la commission a jugé nécessaire de fixer à neuf ans la durée minimale du bail commercial* »⁴⁷⁴.

La durée serait donc finalement l'élément important, le facteur déterminant qui permet d'ajuster l'équilibre nécessaire dans les intérêts différents et respectifs des parties. C'est d'elle que dépendra bon nombre de facteurs économiques, notamment l'évolution du loyer. C'est sur la notion de durée que « *s'affrontent des intérêts contradictoires. Ceux du preneur souhaitant une augmentation modérée du loyer afin de préserver la santé financière de son activité, et ceux du bailleur voulant conserver la rentabilité de son immeuble* »⁴⁷⁵.

93. Le mythe de la clientèle, et de la propriété commerciale. – Ensuite, c'est la notion de « clientèle », constituant « *le bien dont le droit de propriété est couvert par la Convention européenne des droits de l'homme* », et dont « *la protection du statut a été initialement conçue pour assurer la stabilité* »⁴⁷⁶ du locataire, qui pose aujourd'hui question, si l'on prend en compte ce qu'est devenu le commerce des années 2000. Celle-ci justifie pourtant la protection de la propriété commerciale.

Ne serait-ce qu'en prenant l'exemple des centres commerciaux on peut, comme certains auteurs⁴⁷⁷, parler de « *mythe de la clientèle* ». Dans cet espace commercial où les relations

⁴⁷² Ibidem

⁴⁷³ Laguette S.-P., « Y a-t-il antinomie entre propriété commerciale et droit européen ? », AJDI 1996, 299

⁴⁷⁴ JO déb. AN 1964, p. 2194.

⁴⁷⁵ Dejoie A., « Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial », AJDI 2009, p. 289

⁴⁷⁶ Ruet L., ibidem

⁴⁷⁷ Panafieu L., « Le mythe de la propriété de la clientèle dans les centres commerciaux », AJDI 2001. 1062

bailleur-preneur sont si particulières, valoriser une clientèle n'est absolument pas la préoccupation du preneur. Ce dernier a bien conscience de n'en posséder aucune, se contentant de bénéficier du passage de la clientèle propre au centre commercial. On peut se demander, dans pareil cas de figure, quelle propriété commerciale est à protéger. D'autant plus que le centre commercial ne représente pas le seul contre-exemple : en effet, d'autres formes de commerce, dont les commerces ambulants, les licences, les franchises, le e-commerce, ou le commerce « Uberisé », sont désormais à prendre en considération.

Rappelons, pour l'hypothèse de la franchise, que la seule possibilité pour un franchisé d'être propriétaire du fonds de commerce exploité a mis une dizaine d'année à être admise de manière constante en jurisprudence⁴⁷⁸, puisque les juges ont pendant longtemps considéré avec une certaine logique⁴⁷⁹, que ceux-ci n'étaient propriétaires d'aucun élément de rattachement de la clientèle. La question se pose à nouveau pour les nouvelles formes de commerce. Une législation conçue pour le commerce de centre-ville, est-elle par exemple apte à protéger les commerçants partis en périphérie rejoindre les grandes galeries marchandes qui, pensant se mettre à l'abri de contraintes et préoccupations trop contraignantes, *« ont été tournés, minés ou même phagocytés par plus puissants qu'eux »*⁴⁸⁰ ?

Finalement, même en plaçant uniquement, comme le législateur, la réflexion sous le prisme du commerce de détail, constatons également que désormais nombreuses sont les petites boutiques qui, en vérité, sont sous le contrôle d'une société, société elle-même la plupart du temps sous le contrôle d'une société tête de groupe holding. Notons d'ailleurs que dans ces groupes de sociétés, très souvent, la majeure partie du pouvoir décisionnel est entre les mains d'une seule et même personne. On peut se demander si le concept de propriété commerciale trouve réellement application dans cet autre cas précis.

94. Interrogation sur la manière de légiférer – Enfin, à travers la question de la propriété commerciale, c'est la façon de légiférer en matière de bail commercial qui apparaît dépassée. L'intervention du législateur a, d'un avis quasi unanime, parfois frôlé la pure démagogie.

Position étrangement partagée également par certains députés : *« nous légiférons pour des cas particuliers. Nous avons été assaillis, les uns et les autres, de demandes pressantes de tel ou tel intéressé. A première vue, elles nous paraissent devoir retenir notre attention. Nous établissons*

⁴⁷⁸ Le Floch P., « Propriété commerciale et distribution intégrée », in « Mélanges C. Champaud », D., 1997, p.405

⁴⁷⁹ Ruet L., *ibidem*

⁴⁸⁰ Belot P., « Soixante-treize ans de propriété commerciale », GP n°4, janvier 2000, p. 58

*un texte, nous le soumettons à l'Assemblée, et celle-ci le vote, parfois sans en mesurer toutes les conséquences »*⁴⁸¹. A la lecture de ces quelques lignes, nous constatons à regret, d'une part la volonté d'adopter de nouvelles règles pour « satisfaire » le plus grand nombre et, d'autre part, l'aveu de l'absence de qualification technique de ce représentant.

A l'heure actuelle, le concept de propriété commerciale est d'autant plus remis en question en doctrine qu'il est malmené en pratique par la technique de la « décapitalisation ». Le contentieux est abondant, et les arrêts traitant de cette épineuse question sont nombreux (2). La multiplication des litiges s'explique par le développement des techniques permettant de remanier le loyer. Avec celles-ci, « *la propriété commerciale (...) devient complexe, sinon artificielle* »⁴⁸².

2- L'ennemi de la propriété commerciale⁴⁸³ : la « décapitalisation »

95. La technique de la décapitalisation, récemment constatée en doctrine, comme en jurisprudence (a), est symbolique d'une chose : la permanente adaptation de la pratique aux interdictions (b).

a- La constatation doctrinale et jurisprudentielle de la « décapitalisation »

96. Notion de décapitalisation. – « *Décapitaliser ou non ? Cette question agite chroniquement le petit monde de la propriété commerciale* »⁴⁸⁴. Tout d'abord, il s'agit de rappeler que le calcul du loyer, au moment du renouvellement du bail commercial, se fait en fonction de la « valeur locative »⁴⁸⁵. Selon certains auteurs, « *la valeur locative correspond à la somme qui doit être versée pour l'usage d'un bien immobilier. Pour un local commercial, elle dépend directement du potentiel de rentabilité économique qui pourra être généré grâce au local* »⁴⁸⁶.

Pour arriver à pareille somme, une technique particulière, voire curieuse, est parfois employée. Il s'agit de la décapitalisation. Il s'agit d'une technique par laquelle on fait de la valeur locative

⁴⁸¹ J.O. Déb. Assemblée nationale, 20 juillet 1954, page 3422

⁴⁸² Tadros A., « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer et la définition de la propriété », RDC n°1, mars 2016, p. 187

⁴⁸³ Dumur J.P., « Prix du bail renouvelé : prix couramment pratiqué dans le voisinage ou prix savamment trituré par l'expert ? », AJDI 2016 p.725

⁴⁸⁴ Maigné-Gaborit F., « Décap' : changement de cap ? », AJDI 2016 p.645

⁴⁸⁵ cf infra n° 244

⁴⁸⁶ Colomer P., « Droit d'entrée/droit au bail : la décapitalisation ou la décapitation du marché ? », AJDI 2016. 755

la somme de deux composantes : un loyer fixe et payé périodiquement, et un loyer en capital⁴⁸⁷. C'est par ce calcul que l'on obtient ce que l'on appelle la « *valeur locative de marché* »⁴⁸⁸. La quasi-totalité de la doctrine y est opposée. Selon Monsieur Barbier, « *les prix décapitalisés sont des prix recréés artificiellement, qui n'existent pas dans la réalité. Ce sont des prix fabriqués, non des prix pratiqués* »⁴⁸⁹. Cette addition de deux sommes différentes aboutissait dans la pratique, ces dernières années à « utiliser » le concept de « propriété commerciale », sous l'appellation de « droit au bail », à des fins purement spéculatives.

97. Méthode allant à l'encontre de la propriété commerciale. – La décapitalisation amène en fait à ajouter au loyer, pour « *faire monter la sauce* »⁴⁹⁰, plusieurs sommes telles que le « pas-de-porte », droit d'entrée payé par le preneur au bailleur, ou le « droit au bail » en principe versé par le nouveau preneur au preneur sortant lors d'une cession. Pourtant, on constatait en pratique que ce droit au bail était fréquemment payé, à nouveau, « *à l'entrée par le locataire commerçant* »⁴⁹¹ au bailleur, par réintégration dans la valeur locative.

Ce seul paiement de « droit bail » était symptomatique de l'incohérence économique de pareil montage : le bailleur obtenait, au final, une sorte de rémunération supplémentaire, alors que le droit au renouvellement ne devrait profiter qu'au seul preneur. Madame Nicomède, expert agréé par la Cour de cassation, pour monter cette aberration économique, faisait la comparaison suivante : « *C'est comme si un propriétaire, après avoir acquis son logement et payé l'emprunt correspondant, devait régler l'équivalent d'un loyer à l'État, réminiscence d'une législation absurde du siècle dernier et remise au goût du jour* »⁴⁹². On monétisait, ainsi, la propriété commerciale, ce qui est absurde juridiquement : le droit au bail étant propriété (à partir du moment où l'on admet cette propriété) du preneur, celui-ci ne devrait, en conséquence, jamais être intégré au loyer devant être versé au bailleur.

Pour tenter d'expliquer la décapitalisation, rappelons qu'avec les mécanismes légaux d'encadrement de la révision du loyer, le propriétaire ne bénéficie que très rarement de la valeur

⁴⁸⁷ « Valeur locative : notion économique et définition » in Collectif d'auteurs, « Droit et pratique des baux commerciaux 2017/2018 », 4e édition, E.D. : On trouve dans ce manuel un calcul type permettant de mieux comprendre cette méthode de calcul :

« *Si un droit au bail (DB) a été cédé 1 000 000 € et que le loyer périodique (LP) est de 15 000 €/an, la valeur locative reconstituée (VLR) après réintégration du droit au bail (loyer en capital) au coefficient par exemple de 10 (K), serait de : $VL = LP + DB/K$;*

Soit : $VL = 15\,000\,€ + 100\,000\,€ = 115\,000\,€/an/nombre\ m2\ pondérés$ ».

⁴⁸⁸ Cf infra n° 109

⁴⁸⁹ Barbier J.-D., « Contre la décapitalisation », GP n°40, février 2002, p.10

⁴⁹⁰ Dumur J.-P., « Le temps et le loyer », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4

⁴⁹¹ Nicomède M., « Décapitalisation du droit au bail et valeur locative », AJDI 2006, 873

⁴⁹² Nicomède M., « Décapitalisation : et si on revenait aux fondamentaux ? », AJDI 2017, janvier 2017, 1

locative. Ainsi, nous comprenons que, sous l'excuse de ce qui est pratiqué dans le marché, le bailleur tente de rattraper son dû. Comme le souligne Monsieur Brault, cela n'en demeure pas moins incohérent, dans la mesure où le bailleur, au moment d'accorder le renouvellement au cessionnaire du bail, va la plupart du temps renégocier son contrat, à des conditions lui étant plus avantageuses, et se voir également consentir un nouveau loyer correspondant, déjà, à la valeur du marché : « *dans l'affirmative, pour quel motif devrait-on y intégrer par décapitalisation un prix de cession qui n'a nullement été versé au propriétaire ?* »⁴⁹³

Cette méthode va à l'encontre même de la notion de propriété commerciale, et de l'article 23-5 du décret de 1953, puisqu'on fait du droit au bail un loyer à part entière⁴⁹⁴. Or, premièrement le locataire conclue un bail commercial en contrepartie d'un loyer unique. Deuxièmement, l'article L. 145-33 du code de commerce lui garantit en principe que le loyer ne pourra dépasser la valeur locative au moment du renouvellement.

De plus, pour ce qui est du droit au bail, le statut a été créé pour faire en sorte que le locataire ait droit au renouvellement, et puisse bénéficier d'une indemnité en cas de refus de son bailleur. Le statut ne prévoit, donc, absolument pas la situation inverse dans laquelle le bailleur accepte le renouvellement et se voit offrir une indemnité, ou un loyer complémentaire, par le locataire.

Il est curieusement à relever que la jurisprudence a eu du mal à cerner l'évidence de cette ineptie juridique et économique. Pendant un certain nombre d'années, sa position n'était absolument pas claire. Elle se contentait de faire dépendre ses décisions de la « *volonté expresse des parties* »⁴⁹⁵ pour qualifier ou non la somme payée de « loyer ».

Heureusement, elle a par la suite clarifié sa position. La technique de « décapitalisation » du droit au bail n'est plus acceptée par la jurisprudence, et ce de manière très nette. Un arrêt de 2016, beaucoup commenté et montrant que la technique continue toutefois d'être pratiquée, le confirme encore semble-t-il⁴⁹⁶. Néanmoins, les auteurs constatent qu'« *il n'en est pas de même pour ce qui concerne le droit d'entrée versé au bailleur : certains dossiers récents nous ont*

⁴⁹³ Brault P.-H., « Loyers de comparaison et fixation du loyer », Loyers et copr. 2010, Etude 7

⁴⁹⁴ Selon Nicomède M., *ibidem* : « *on va retenir le montant du loyer annuel couramment réglé par le commerce similaire - auquel on va ajouter, au cas général, le 1/7e du droit au bail versé. Pourquoi 1/7e ? Parce qu'on va estimer que le droit au bail s'apprécie sur la durée du bail, soit neuf ans, et que, comme il a été versé en une seule fois, le coût financier est calculé au coefficient 7* »

⁴⁹⁵ Nicomède M., *ibidem*

⁴⁹⁶ CA Paris pôles 5 ch3, 16 sept. 2016, n°14/13401 ; note sous arrêt : Maigné-Gaborit F., AJDI 2016. 645 ; Dumur J.-P., AJDI 2016. 729

Avant celui-ci, dans le même sens, une série d'arrêts de cour d'appels avait été relevé en 2011 : Dumur J.-P., « Valeur locative et décapitalisation », AJDI 2011, 24 mars 2011, 185

permis de constater que (...) les « décapitalisateurs » (...) ont reporté leurs efforts sur la décapitalisation systématique et inconditionnelle du pas-de-porte »⁴⁹⁷. De plus, on constate que la « décapitalisation » a pris finalement une toute autre forme désormais.

b- Les nouvelles techniques courantes de remaniement des valeurs : symbole de la permanente adaptation de la pratique aux interdictions

98. Retour masqué de la « décapitalisation ». – Certains auteurs ont vu dans un arrêt, rendu par la Cour d'appel de Paris, à la fin d'année 2015⁴⁹⁸, un retour non assumé à la méthode de « décapitalisation ». En effet, il semblerait que l'on ne « décapitalise » plus, mais que l'on « *triturer les références* »⁴⁹⁹ : nous préférons le terme de « remaniement ».

La cour rappelle que « la mission de l'expert (...) consistait à estimer cette valeur locative au regard des prix couramment pratiqués dans le voisinage, en retenant tant les valeurs de marché (...) que les valeurs fixées judiciairement. (...) La décapitalisation du droit d'entrée ne constitue pas un supplément de loyer (...). Il n'a donc, à juste titre, pas pratiqué de décapitalisation du droit d'entrée, en ayant cependant parfaitement respecté les termes de sa mission ».

On comprend, tout d'abord, à la lecture de ces lignes, qu'il est demandé à l'expert de rectifier la fixation de la valeur locative, en appliquant des corrections par le versement de sommes complémentaires : c'est-à-dire qu'on lui demande tout simplement de « décapitaliser ». Ensuite, la reconnaissance de cette décapitalisation, permet de ne pas considérer le droit d'entrée comme étant un loyer supplémentaire.

A cela, la cour ajoute que « *les prix de loyers avec droits d'entrée n'étaient cités qu'à titre d'information. (...) Il convient d'exclure de la comparaison les loyers des locations comportant un droit d'entrée, dès lors, d'une part, que ces loyers sont généralement fixés à la baisse* ». Nous relevons donc une incohérence. En effet, précédemment, la cour affirme que le droit d'entrée n'est pas un supplément de loyer. Il devrait donc en principe faire partie intégrante du loyer. Or, ici, la cour exclut de la comparaison les loyers comportant un droit d'entrée puisque, ceux-ci amputés de la valeur de ce droit d'entrée, se trouvent être inférieurs nettement aux loyers de baux conclus sans paiement de pareille somme.

⁴⁹⁷ Dumur J.-P., « Prix du bail renouvelé : la cour d'appel de Lyon « décapite la décapitalisation » du pas-de-porte », AJDI 2015. 202

⁴⁹⁸ CA Paris, 2 décembre 2015, cf AJDI 2016. 725

⁴⁹⁹ Dumur J.-P., « Prix du bail renouvelé : prix couramment pratiqué dans le voisinage ou prix savamment trituré par l'expert ? », AJDI 2016. 725

La décision est d'autant plus difficile à comprendre que la rédaction de l'article R. 145-7 du code de commerce, faisant référence à la prise en compte des loyers couramment pratiqués dans le voisinage, trouverait en l'espèce parfaitement à s'appliquer.

En effet, rappelons que le principe est le suivant : les loyers pratiqués dans le voisinage ne doivent être comparés entre eux que s'ils concernent des locations semblables en tout point. En revanche, s'il n'y a pas une parfaite équivalence, on pratique alors l'évaluation « *en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence* ».

Enfin, « *il est aussi tenu compte des modalités selon lesquelles le prix, antérieurement applicable, a été originellement fixé* ». Monsieur Barbier souligne que cette dernière formule pourrait tout à fait permettre de prendre en compte le pas-de-porte concédé au bailleur pour l'évaluation. Mais il exclut catégoriquement son application, une fois de plus, pour le droit au bail, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un élément qui a permis de fixer le loyer initial⁵⁰⁰.

Le même auteur fait pourtant le constat suivant : dans la pratique des baux commerciaux, tout est décapitalisé, si bien qu'il y a finalement deux catégories différentes de loyers de références : la première catégorie correspond aux loyers réduits, pour les preneurs ayant payé un pas-de-porte ou un droit au bail, et la seconde correspond au loyer rehaussé, pour le locataire n'en ayant pas octroyé au bailleur.

99. La propriété commerciale est donc malmenée en pratique. L'objectif du législateur reste pourtant le même : maintenir un équilibre parfait entre la protection de celle-ci, et le respect de la propriété immobilière du bailleur.

Paragraphe 2 - L'équation recherchée par le législateur pour trouver l'équilibre dans la protection des intérêts respectifs des parties

100. « *Le droit n'est pas au service exclusif de l'économie, et inversement. Néanmoins il n'y a pas de séparation absolue entre les deux*⁵⁰¹. *Le droit n'est pas pur*⁵⁰². *Il est imprégné de valeurs morales, d'histoire, d'économie, de faits sociaux, etc.* »⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Barbier J.-D., « Contre la décapitalisation », GP n°40, février 2002, p.10

⁵⁰¹ Oppetit B., « Droit et économie », Sirey, coll. Archives de philosophie du droit, 1992

⁵⁰² *Contra* : Kelsen H., « Théorie pure du droit », Éd. de la Baconnière, Neuchâtel, 2e éd. 1988

⁵⁰³ Desgorges R., « La proportionnalité dans le droit des contrats », JCP E, n° 47, Novembre 2003, 1630

Pour maintenir l'équilibre, le législateur fait parfois référence à diverses notions, telles que « l'équité », « l'usage » ou « le contexte ». Ce sont trois éléments extérieurs au rapport contractuel, certes, mais ceux-ci ont bien vocation à maintenir l'efficience du contrat voulu par les parties. C'est à l'image de ce qui se fait, par exemple, dans le droit des contrats anglais « *à travers différentes techniques au service de la moralité des relations contractuelles* »⁵⁰⁴. Le législateur français partage cette sensibilité s'agissant de l'équilibre du contrat.

Pour certains auteurs⁵⁰⁵, chaque fois que celui-ci use de la notion de l'équité, c'est qu'il fait en réalité « *le constat de son impuissance* » en cherchant à transmettre au juge la mission de rétablir l'équilibre, équilibre qu'il n'a en fait pas su lui-même obtenir. C'est ainsi que le juge se voit confier « *une action supplétive dans une démarche de rééquilibrage d'obligations souscrites dans un contexte inégalitaire* »⁵⁰⁶.

Pourtant, selon d'autres auteurs⁵⁰⁷, la recherche d'équilibre par la simple équité peut s'avérer désorganisatrice. Ce serait en effet le cas lorsqu'elle ne serait pas fondée sur un objectif clairement défini par le législateur, ou dès lors qu'elle n'aurait pas vocation à lutter contre le déséquilibre contractuel en se soumettant par exemple au contrôle de cohérence de la Cour de cassation. Le risque serait alors de faire de l'équité autre chose qu'un simple outil, en lui octroyant une fonction soit séditeuse, soit contraire à la force obligatoire des conventions.

Ceci explique peut-être, d'une certaine manière, l'échec passé du législateur qui pensa, dans un premier temps, possible d'assurer l'équilibre du bail commercial par le biais de l'équité (**A**). Ce pari répondait probablement à tout autre chose que l'équilibre : c'est-à-dire à la loi du marché (**B**), par l'intermédiaire notamment du contexte et des usages.

A) L'assimilation de l'équilibre à l'équité dans le statut : l'échec historique du législateur

101. L'équité, « *le droit est l'art du bon et de l'équitable* »⁵⁰⁸, fut assez rapidement abandonnée par le législateur (**1**). Toutefois, certains auteurs considèrent qu'elle pourrait aujourd'hui renaître de ses cendres, en dehors du statut : en effet, la notion d'équité pourrait être tacitement comprise dans la notion de bonne foi, notion de plus en plus présente dans le

⁵⁰⁴ Picod Y., « Effet obligatoire des conventions - Exécution de bonne foi des conventions », Fasc. unique : CONTRATS ET OBLIGATIONS, J.CI, MAJ 19 Avril 2017

⁵⁰⁵ Ibidem

⁵⁰⁶ Ibidem

⁵⁰⁷ Jourdain P., « La perte d'une chance, même faible, est indemnisable ! », RTD Civ. 2013 p. 380

⁵⁰⁸ Rolland H. et Boyer L., « Adages du droit français », 4^e éd., LGDJ, 1021 p., 1999

droit des baux commerciaux (2). Il serait, en effet, essentiel désormais « *de bien considérer l'équité comme un complément, comme subsidiaire au droit* »⁵⁰⁹.

1- Une équité assez rapidement abandonnée

102. L'équité, principe initialement fondamental. – L'équité, à l'origine, est un principe fondamental dans le statut des baux commerciaux. C'est en effet à l'aide de cet outil que le législateur décida, par une loi du 13 juillet 1933⁵¹⁰, que la valeur du loyer devait être ajustée, lors du renouvellement du bail commercial, à la « valeur locative équitable ». C'est plus récemment, en utilisant cette notion, que la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, décida que le plafonnement des loyers ne portait « *ni atteinte ni dénaturaion au droit de propriété* »⁵¹¹, dans la mesure où le loyer fixé en début de bail est révisé « *équitablement* » par application de l'indexation légale.

Déjà au sein de la loi de 1926⁵¹², le législateur choisit d'imposer aux experts, aux arbitres, ou au juge, de fixer le loyer en se basant sur de nombreuses considérations et, notamment, sur la situation économique des parties. Selon certains commentaires, on est dès lors « *davantage dans l'équité que dans le droit* »⁵¹³. Par la suite, dans le décret n°53-960 du 30 septembre 1953, l'équité est textuellement reconnue comme principe par le législateur, d'abord dans l'encadrement du montant du loyer qui « *doit correspondre à la valeur locative équitable* » lors du renouvellement, ensuite s'agissant des « *conditions du nouveau bail* »⁵¹⁴ qui, prises dans leur ensemble, doivent également être équitables.

Nous comprenons ainsi qu'à cette époque, si la liberté contractuelle reste essentielle dans l'esprit du statut⁵¹⁵, c'est par l'équité que le rééquilibrage du contrat doit s'opérer. La loi, en permettant au juge de modifier le loyer par ajustement à la valeur locative équitable, autorise donc le juge à intervenir dans la loi des parties, parfois contre l'accord initial des co-contractants. Le droit du bailleur à la propriété immobilière est quelque peu remis au second plan, puisque celui-ci n'est plus protégé par le contrat : l'équité, recherchée par loi, prévaut sur le contrat.

⁵⁰⁹ Gros M., « L'équité : ses vices et ses vertus », Gaz. Trib. n°7330, juillet 1993, p.19

⁵¹⁰ Loi du 13 juillet 1933, « BAILLEURS LOCATAIRES », JORF du 14 juillet 1933, p. 7360

⁵¹¹ Cass. Civ. 3^e 28 septembre 2011, pourvoi n°11-13.879, Qpc incidente, Non-lieu à renvoi au CC

⁵¹² Loi du 30 juin 1926, « BAILLEURS LOCATAIRES », JORF du 1 juillet 1926, p. 7210

⁵¹³ Dumur J.-P., « Le temps et le loyer », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4

⁵¹⁴ Brault P.-H., « Sur la pérennité des clauses et conditions générales du bail échu en cas de renouvellement sous l'empire des dispositions de la loi Pinel », Loyers et copr. 2017, dossier 2

⁵¹⁵ Monéger J., « Le locataire se rebiffe ou la nouvelle vie de l'article L. 145-39 du Code de commerce » Loyers et copr. n° 11, 2009, repère 10

Dès lors, la propriété commerciale « *est devenue le droit pour le locataire de rester en place sans payer une valeur locative de marché* »⁵¹⁶. Comme l'expliquent les auteurs, c'est au moment de faire de l'équité le principe régissant l'équilibre de la relation entre le bailleur et le preneur, que le législateur cesse définitivement de protéger le fonds de commerce, et commence à protéger le droit au bail et, surtout, le seul preneur⁵¹⁷.

103. L'équité, principe progressivement abandonné. – L'équité pose un premier problème dans la mesure où aucune définition de cette notion n'est proposée par le législateur. Or, comme le soulignait Madame Bagneris dans sa thèse de Doctorat, « *rien n'est évidemment plus subjectif* »⁵¹⁸ que l'équité. Dans un premier temps, on considère à l'époque, par justification, que l'équité est la traduction du jeu de « l'offre et de la demande », c'est-à-dire la représentation du « juste prix ».

Pourtant, assez rapidement, soit 13 ans après le décret de 1953, le législateur, par le décret n°66-12 du 3 janvier 1966, supprime la notion d'équité dans le statut des baux commerciaux. Le seul principe qui subsiste alors est celui de la valeur locative, principe sur lequel nous reviendrons ensuite⁵¹⁹. La suppression de l'équité fut approuvée par le Conseil d'Etat en 1969⁵²⁰.

Précisons que l'équité subissait, auparavant, un premier revers en 1965 de manière jurisprudentielle⁵²¹, et cessait définitivement d'être reconnue comme principe en 1972⁵²² lorsque le législateur décida d'interdire au juge de prendre en compte les « circonstances exceptionnelles » pour apprécier les valeurs de loyer. En effet, les seuls critères d'appréciation admis, alors peu nombreux, seraient désormais précisés par la loi⁵²³.

104. Un abandon aux effets négatifs. – Cependant, suite à cette suppression, on constate que les distorsions entre valeur locative et « valeur réelle du loyer » demeurent. Plus négatif

⁵¹⁶ Boccara B., « Un statut des baux commerciaux, pour quelles raisons ? », AJDI 2000., 493

⁵¹⁷ Ibidem

⁵¹⁸ Bagneris M.-P., « Les modifications du loyer du bail commercial », thèse de doctorat sous la direction de Louis Rozes, 1995, Université Toulouse 1 Capitole

⁵¹⁹ Infra n° 242 et s.

⁵²⁰ CE 4 juillet 1969, 2, 16126

⁵²¹ Heugas-Darraspen H. obs. sur C.A. Paris 16^e ch. 9 mars 1965, AJDI 1990, 20 : « *Le montant des pas-de-porte payé dans les opérations des Champs-Élysées démontre que, dans ce secteur, la valeur locative réelle équivaut sensiblement au triple de la valeur judiciaire [... avec la conséquence de fausser] la libre concurrence [et d'alourdir] les circuits de distribution* ».

⁵²² Décret n°72-561 du 3 juillet 1972 modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, Art. 7

⁵²³ Il s'agit alors des caractéristiques du local considéré, de la destination des lieux, des obligations respectives des parties, ou des prix couramment pratiqués dans le voisinage.

encore, les techniques de plafonnement du loyer, privilégiées ensuite par le législateur, créeront subséquentement des « *catégories de locataires privilégiés* »⁵²⁴.

En effet, si pour certains auteurs⁵²⁵ l'équité créa le décalage entre valeur locative fixée par la loi, et valeur locative de marché, sa suppression fut finalement une erreur. Ceux-ci considèrent que, par cet effacement, le législateur cesse en quelque sorte de prendre en considération l'aspect humain du bail commercial, pour ne plus employer que les chiffres, le marché et l'économie.

Selon Monsieur Miron, « *il apparait de nos jours clairement qu'une telle réforme n'a produit strictement aucun résultat* »⁵²⁶. Selon Monsieur Boccara, cela reflète simplement une « *carence de pragmatisme* »⁵²⁷. Aujourd'hui encore, certains auteurs réclament le retour de l'équité, à l'image de certains professionnels du droit qui proposent la création d'un « *taux d'effort admissible* »⁵²⁸. Cette proposition sera présentée plus amplement en seconde partie de thèse⁵²⁹.

Néanmoins, il semblerait, selon certains auteurs, qu'une certaine « survivance » de l'équité soit à constater dans le droit des baux commerciaux : celle-ci se manifesterait en effet sous une autre forme, celle de la bonne foi.

2- Le retour de l'équité par le recours au principe de bonne foi

105. La bonne foi, principe reconnu. – « *De la bonne foi à l'équité, il n'y a pas de frontière définie* »⁵³⁰. Lorsqu'il est fait référence à la bonne foi, l'on songe évidemment à l'ancien article 1134 du code civil, selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* », et « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

⁵²⁴ Garbit P., « Suppression de la référence à l'équité et le maintien d'un double secteur des valeurs locatives », Lamy droit commercial, 1481

⁵²⁵ M. Gros par exemple considérait que l'équité conduisait à faire « *disparaître le droit et surtout la stabilité qu'il génère* », in Gros M., *ibidem*

⁵²⁶ Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

⁵²⁷ Boccara B., *ibidem*

⁵²⁸ Dumur J.-P., *ibidem*

⁵²⁹ *Infra* n° 769

⁵³⁰ Garbit P., « Baux commerciaux et bonne foi », Lamy Droit commercial, déc 2003

La bonne foi, reconnue depuis longtemps comme principe de droit⁵³¹, vient d'être à nouveau érigée en notion importante du droit des contrats français, par la réforme du droit des obligations de 2016. Elle permet de ne pas se référer uniquement aux critères stricts et légaux, en permettant l'analyse des comportements des parties et des éléments factuels « au cas par cas ».

106. Résurgence de l'équité dans les décisions du juge. – Dans le droit des baux commerciaux, on considère la notion de bonne foi comme cousine de celle d'équité⁵³². Elle y a en effet toujours été appliquée, comme par exemple en matière de cession de bail commercial⁵³³, de sous-location⁵³⁴, de travaux⁵³⁵, ou pour l'application de la clause résolutoire⁵³⁶ et du droit de résiliation triennale⁵³⁷.

En effet, elle est, d'une part, un principe de droit positif qui n'est pas évincé par le droit spécial⁵³⁸. D'autre part, elle est également un principe qui trouve quelques similitudes avec la notion d'équité. Si la bonne foi est à trouver précisément dans le comportement des cocontractants, et que l'équité semblait principalement à rechercher dans le contenu même du contrat de bail, elles ont, toutes les deux, vocation à encadrer les relations contractuelles en complétant les lacunes écrites et, en rappelant les parties à leurs devoirs respectifs.

Le juge aménage les clauses du contrat, sans désormais faire référence à l'équité, certes, mais en le faisant exactement de la même manière grâce à la bonne foi. La bonne foi permet la recherche de l'équilibre subjectif du contrat et, comme l'explique Monsieur Malfossis, « *tout l'art de l'équité est de n'apparaître toujours que sous les habits d'une autre qu'elle (loi, coutume, principes généraux du droit) ou bien encore de se glisser dans les méthodes et raisonnements qui permettent de ne pas la nommer. Eminence grise du droit, elle est soumise à un principe de discrétion qui lui impose, pour jouer son rôle, de ne jamais prétendre à l'avant-scène* »⁵³⁹.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2013⁵⁴⁰ est très intéressant à cet égard. Dans cet arrêt, il est question de répartition des charges et travaux entre le bailleur et le locataire. Dans les

⁵³¹ Elle est même un principe européen : art. 1106 principes dr. europ. du contrat.

⁵³² Garbit P., *ibidem*

⁵³³ Cass. civ. 3^e, 9 décembre 2009, pourvoi n°04-19.923, Bull. 2009, III, n° 275

⁵³⁴ Cass. civ. 3^e, 3 juillet 2013 pourvoi n°12-18.099, Bull. 2013, III, n° 88

⁵³⁵ Cass. civ. 3^e, 14 janvier 2015, pourvoi n°13-15.096 et 13-19.434

⁵³⁶ Cass. civ. 3^e, 3 avril 2012, pourvoi n°11-15.378, Rejet, Inédit

⁵³⁷ Cass. civ. 3^e, 10 novembre 2010, pourvoi n°09-15.937, Bulletin 2010, III, n° 199

⁵³⁸ Barbier H., « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », RTD civ. 2017, p.858

⁵³⁹ Molfessis N., « L'équité n'est pas une source du droit », RTD civ. 1998, p. 221

⁵⁴⁰ Laithier Y.-M, obs sur Cass. civ. 3^e 26 mars 2013, pourvoi n°12-14870, RDC n°3, 01/07/2013, p. 888

faits, une clause très précise dans le contrat encadre cette répartition. La cour d'appel intervient pour modifier cette clause. Par suite, la Cour de cassation sanctionne la décision de cour d'appel : on ne peut, selon elle, aller contre la volonté des parties. Cette solution devrait, en toute logique, correspondre au principe de la force obligatoire du contrat⁵⁴¹. Mais la Cour de cassation ne motive pas sa décision avec ledit principe, et préfère se fonder sur la bonne foi⁵⁴².

S'il s'agit simplement, selon certains auteurs, d'une décision mais mal fondée, il nous paraît peut-être plus pertinent de rappeler qu'autrefois la force obligatoire « chassait » le principe d'équité⁵⁴³. Rechercher l'équilibre du contrat par l'application du principe de la force obligatoire des contrats, ce serait donc renier le principe ancien d'équité. En revanche, on peut considérer qu'appliquer celui de la bonne foi cela était, peut-être, au fond déjà annonciateur du retour de l'équité.

107. Résurgence de l'équité dans les dernières réformes – Le retour de l'équité par l'application du principe de bonne foi, principe réaffirmé en 2016 par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, semble devoir être surveillé, à l'appui notamment des futures décisions jurisprudentielles qui concerneront la coordination entre droit spécial des baux commerciaux et droit commun des obligations.

D'autant plus, comme le fait justement remarquer Monsieur Barbier⁵⁴⁴, que « *si l'on affirme suffisamment souvent que les règles spéciales dérogent aux règles générales, cela ne doit pas faire oublier que les lois spéciales ne dérogent pas, en revanche, aux principes... généraux* ». C'est d'ailleurs, selon ce même auteur, la règle qui vient d'être réaffirmée par la Cour de cassation dans un arrêt inédit rendu à la fin de l'année 2017⁵⁴⁵.

Dans cette affaire, il était question d'un locataire placé en procédure de redressement judiciaire, d'un bailleur invoquant la clause résolutoire de son bail commercial. La Cour de cassation affirme l'obligation de bonne foi, figurant désormais en tant que principe général au sein du nouvel article 1104 du code civil, qui s'impose aux parties à toutes les étapes de la vie du bail commercial.

⁵⁴¹ C. civ. Art. 1103

⁵⁴² C'est-à-dire sur l'ancien article 1134 du code civil

⁵⁴³ Pour exemple précis cf. Cass. com., 18 décembre 1979, pourvoi n°78-10763, Bull. des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 339

⁵⁴⁴ Barbier H, ibidem

⁵⁴⁵ Cass. Civ. 3^e, 14 sept. 2017, pourvoi n° 16-18.840, inédit

Il n'est pas question ici de présenter le mécanisme de résolution d'un bail commercial par application d'une clause résolutoire⁵⁴⁶. En revanche, il s'agit de souligner que les juges du fond avaient au préalable donné raison au bailleur ayant fondé son droit de résoudre le bail sur le seul article L. 622-14 du code de commerce. Selon la cour d'appel, le régime spécial issu de cet article, dont le but est de protéger une situation particulière, à savoir le droit de propriété du bailleur lorsque celui-ci est mis en danger par la procédure collective de son locataire, écartait les obligations découlant de la bonne foi : en l'occurrence, il s'agissait de la parfaite exécution de l'obligation du bailleur de délivrer un commandement⁵⁴⁷ à son locataire.

Mais selon la Cour de cassation, « *l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du locataire n'a pas pour effet de dispenser le bailleur de mettre en œuvre, de bonne foi, la clause résolutoire* ». Il n'y a pas, selon elle, deux régimes particuliers en matière de résolution, à savoir un de droit commun et un issu du code de commerce. La bonne foi est donc un principe général ayant vocation à se juxtaposer systématiquement aux mécanismes spéciaux propres au droit des baux commerciaux.

Cependant, « *n'est-ce pas faire trop d'honneur à une notion dont on craint parallèlement l'envahissement* »⁵⁴⁸ ?

108. Notre thèse montrera par la suite à quel point la bonne foi a désormais une place prépondérante, non seulement dans le droit commun des contrats, mais également dans le droit des baux commerciaux⁵⁴⁹. Elle consiste donc, à ce titre, en un probable retour de l'équité, et ce même si, le législateur fit le choix de s'en passer dans le statut, pour ne répondre qu'à la seule loi du marché, et donc au jeu de l'offre et de la demande.

B) La loi du marché, le jeu de l'offre et la demande : une autre vision de l'équilibre

109. L'équité abandonnée, le législateur fit le choix de prendre en compte des considérations d'ordre économique. Le marché, réalité économique (1), faisait ainsi son apparition dans le droit des baux commerciaux. Cela aura des conséquences négatives puisque l'écart entre valeur du marché et valeur fixée judiciairement ne cessera de d'augmenter (2).

⁵⁴⁶ Ce sera fait en deuxième partie de thèse : infra n° 829 et s.

⁵⁴⁷ cf infra n° 835 et s.

⁵⁴⁸ Laithier Y.-M., ibidem

⁵⁴⁹ Cf infra n° 707 et s.

1- L'apparition du marché dans le statut des baux commerciaux : l'avènement d'une réalité économique

110. Le juste loyer économique. – Sur le plan pratique, les bailleurs ont toujours cherché à faire du marché la référence à prendre en considération, dans la fixation du loyer, cela notamment par l'utilisation des techniques de « décapitalisation ». Sur le plan légal, le législateur a lui aussi pris en compte le marché, dans la recherche de l'équilibre : en effet, avec le décret n°66-12 du 3 janvier 1966, et la suppression de la notion d'équité entérinée, la valeur locative doit « *désormais obéir aux seuls impératifs économiques, c'est à dire pratiquement à la loi du marché* »⁵⁵⁰.

La volonté de prise en compte du marché n'est pas textuellement présente dans le statut, mais selon Monsieur Boccara les choses très simples : « *la valeur locative à laquelle le décret fait référence n'est plus la valeur locative équitable telle qu'elle préexistait à la réforme de 1966. Or nul ne pourrait le contester, la valeur locative sans adjectif ni restriction, c'est le marché* »⁵⁵¹.

Les prix du marché représenteraient alors « *la vérité des prix sur le plan économique* »⁵⁵². Ce serait l'application stricte de la théorie du prix selon laquelle, s'agissant du prix d'un bien, il est économiquement le reflet du jeu de l'offre et la demande, une forme de sécurité juridique dynamique⁵⁵³.

Si l'on s'en tient à l'analyse de Monsieur Ruet, pour ce qui est de la fonction du prix, en France, « *économistes et juristes s'ignorent réciproquement* »⁵⁵⁴. Le marché, selon l'auteur, est l'approche des économistes, et les juristes n'ont pu l'appréhender que par le développement de la théorie de « l'information » ou du droit de la concurrence.

De plus, il n'y a, selon lui, que deux façons de concevoir le jeu de l'offre et la demande. La première correspond au système dit « libéraliste » selon lequel « *l'Etat ne doit pas s'immiscer dans le déroulement de ce jeu* ». La seconde correspond aux autres systèmes selon lesquels « *l'Etat doit intervenir car des déséquilibres et des inégalités sociales faussent obligatoirement* ».

⁵⁵⁰ Bagneris M.-P., *ibidem*

⁵⁵¹ Boccara B., note sous Cass. civ. 3^e, 19 avril 1983, pourvoi n°81-14.030, Bull. civ. III, no 88, AJPI 1983, p. 732

⁵⁵² TGI Paris 15 mai 2014 n°12/10410, SARL Le Bastille c/ SCI du 8-10, place de la Bastille et 3, rue de la Roquette

⁵⁵³ cf Ruet L., « Les quatre fonctions du prix », LPA n°144, 2005, p. 4-22

⁵⁵⁴ *Ibidem*

le bon déroulement du jeu de l'offre et de la demande »⁵⁵⁵. Liberté contractuelle, et interventionnisme, apparaissent donc comme une nécessité.

Transposé au bail commercial, le marché, le jeu de l'offre et de la demande, ce serait donc la liberté, au moment de conclure le contrat, de fixer le loyer à un montant auquel le locataire doit s'attendre dans la mesure où il s'agit simplement de la juste contrepartie financière, eu égard à l'acquisition du local par le bailleur, et à la propriété commerciale que le locataire en retire⁵⁵⁶.

111. Volonté de réajustement des valeurs. – La valeur locative, telle que répondant aux objectifs économiques, illustre l'interventionnisme étatique. « *Le prix de marché, c'est la valeur locative d'un emplacement telle qu'elle résulte du jeu de l'offre et de la demande sur un marché ouvert à la concurrence* »⁵⁵⁷ : en réalité, en supprimant toute référence à l'équité, le législateur cherche à faire en sorte que les valeurs de loyers fixées judiciairement et les valeurs de loyers du marché s'accordent. Ce fut un pari, et le Gouvernement de l'époque se donnait 15 ans pour que l'ajustement se fasse. Pourtant, la différence entre ces deux valeurs s'est accentuée avec le temps.

De son côté, le juge accepta donc d'appliquer la seule loi du marché. Celui-ci devint même, pour certains auteurs, un « *juge économique* »⁵⁵⁸, les notions de « juste prix » et de « valeurs locatives équitables » étant oubliées. Enfin, d'un point de vue purement pratique, se développèrent donc les différentes techniques de « décapitalisation »⁵⁵⁹, celle-ci ayant pour but de permettre d'apporter les suppléments nécessaires au loyer pour atteindre la véritable valeur de marché.

2- L'éloignement constant entre fixation judiciaire et réalité du marché : la déchéance du marché

112. L'abandon progressif de la seule référence au marché. – On constate, avec le temps, que le législateur ne cherchera plus à faire référence au marché dans ses futures réformes, et que le juge, quant à lui, sera beaucoup plus réticent à s'en servir pour motiver ses décisions, eu égard à l'équilibre du bail commercial.

⁵⁵⁵ Ibidem

⁵⁵⁶ Une réflexion de Dumur J.-P., ibidem

⁵⁵⁷ Cohen-Trumer D., « Non, pas la valeur locative : la valeur locative », GP n° 72, 13/03/2010, p.20

⁵⁵⁸ Barbier J.-D., « La nouvelle valeur locative », GP n°71, 12/03/2011, p.9

⁵⁵⁹ Supra n° 96 et s.

Cela s'explique, tout d'abord, par le fait que le législateur a, en quelque sorte, failli dans sa quête d'encadrement du loyer par la seule valeur locative. Il n'a en effet pas su faire de la valeur locative du marché une véritable valeur de référence. Ceci explique le fait que, dans ses réformes futures, le législateur tentera d'encadrer le loyer différemment, notamment par le recours fréquent à la technique du plafonnement.

Cela se justifie, ensuite, par le dépassement du juge face à la généralisation du jeu de la « décapitalisation ». La crise de 2007 n'ayant pas arrangé les choses, certains auteurs constatent que le contexte n'est plus le même puisque « *le juge n'est plus saisi par des propriétaires vantant la liberté des prix, mais par des locataires sollicitant la protection statutaire* », et que le vocabulaire a changé : en effet, on ne parle plus « *du propriétaire et du locataire mais de l'investisseur et de l'utilisateur* »⁵⁶⁰.

La valeur locative de marché n'ayant plus rien à voir, aujourd'hui, avec la « valeur locative décapitalisée », cela a accentué son éloignement avec la « valeur locative judiciaire ». Selon une étude, « *le marché judiciaire ne représente, le plus souvent, que le quart en province et le tiers à Paris de la réalité économique* »⁵⁶¹.

113. Distorsions des valeurs dues à la pratique. – Toutefois, cet écart ne naît pas uniquement de la réglementation mais, également, de ce qu'en font les acteurs économiques que sont les bailleurs et les locataires. Monsieur Fruchter regrette, en effet, « *l'information imparfaite des parties, sur les us et coutumes en matière de baux commerciaux* », « *la méconnaissance par le locataire du futur développement de son activité* », « *l'approche en termes de chaînes des grandes enseignes* » et l'acceptation « *de droits d'entrée sur certaines artères* »⁵⁶².

Si bien que l'on pourrait, aujourd'hui, faire une distinction entre trois méthodes de fixation de loyer différentes. On observerait une première fixation à la valeur locative de marché, c'est à-dire celle qui sert aux parties dans la fixation initiale du loyer : il s'agit alors d'une démarche d'anticipation. Il y aurait donc également une fixation à la valeur locative judiciaire, « *moins ciblée sur la maximisation* »⁵⁶³ et calculée d'après des références : cela consiste en une démarche

⁵⁶⁰ Barbier J.-D., *ibidem*

⁵⁶¹ Marx M., « Le marché locatif des boutiques en 1999 : l'envolée des prix dans les très belles situations », GP, 1/07/1999

⁵⁶² Fruchter S., « Valeur locative judiciaire ou valeur locative de marché ? », GP n° 72, 13/03/2010, p. 25

⁵⁶³ *Ibidem*

d'analyse du passé. Enfin, la fixation de la valeur du loyer renouvelé aurait, quant à elle, plutôt tendance à être imposée dans une démarche de rapport de force.

114. Effets négatifs pour le locataire. – Pour ce qui est des conséquences de cet écart dans la pratique des baux commerciaux, Derrupé a pu constater qu'il a, principalement, un effet sur la valeur du droit au bail, et des indemnités d'évictions⁵⁶⁴. Monsieur Boccara partage cet avis⁵⁶⁵ et regrette que le locataire se retrouve souvent dans l'obligation de payer un droit au bail très élevé, d'autant plus que cette « charge » n'est absolument pas susceptible d'être comptablement amortie. Monsieur Garbit⁵⁶⁶, quant à lui, constate l'apparition d'un « *double secteur de prix* » : « *D'un côté, les loyers des locations nouvelles consenties sans versement d'un pas-de-porte, dénommées locations libres ou locations « à l'américaine » ; D'un autre côté, les loyers soumis à une fixation judiciaire à l'occasion de la révision triennale ou à l'occasion du renouvellement du bail* ».

Pourtant, mettre un terme au marché cela apparaît tout simplement impossible. Comme le souligne Monsieur Boccara, « *depuis plusieurs décennies, les locataires en place ont payé le prix de la propriété commerciale, c'est-à-dire le plus souvent le prix d'une distorsion des loyers imposée par les mécanismes pervers du statut, dans des conditions faisant qu'ils ne sauraient en être privés inconsiderément* »⁵⁶⁷.

115. Nous réalisons donc, au vu de la disparité des situations locatives, la difficulté de dégager des critères légaux généraux susceptibles de toutes les encadrer. Peut-être la solution est-elle à rechercher dans l'action du juge, garant de l'équilibre au cas par cas ? Après tout, « *le juge est le serviteur de la loi, non du marché* »⁵⁶⁸.

SECTION 2 - LA MISE A L'ECART DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE PAR IMMIXTION DU JUGE DANS LA LOI DES PARTIES

116. Dans les années 1985-1990, le législateur modifia donc la mission donnée aux experts et aux juges. Il s'agissait désormais d'appliquer les principes et les nécessités issues de l'économie : on passait alors de l'équité, au marché.

⁵⁶⁴ Derrupé J., « Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993, p.161

⁵⁶⁵ Boccara B., « Un statut des baux commerciaux, pour quelles raisons ? », AJDI 2000, p.493

⁵⁶⁶ Garbit P., « Suppression de la référence à l'équité et le maintien d'un double secteur des valeurs locatives », Lamy Droit commercial, p.1481

⁵⁶⁷ Boccara B., ibidem

⁵⁶⁸ Barbier J.-D., ibidem

Puis la crise économique de 1992 intervient et, après moult débats à la fin des années 90, le marché devient une notion désuète et dénuée de sens. La pertinence de l'équilibre du contrat par la protection de la partie faible commence progressivement à trouver un certain écho. Cette évolution va modifier, petit à petit, la place du juge et la fonction qui sera la sienne pour l'équilibre du bail commercial. Pour rétablir celui-ci, par certaines de ses décisions, il s'éloignera même parfois de la lettre de certains textes. C'est ce que certains auteurs, comme Monsieur François notamment, ont pu qualifier de « *lutte entre le législateur et le juge* »⁵⁶⁹.

Le juge a assurément un rôle d'arbitre, de modérateur (**Paragraphe 1**). Il est le garant des principes fondamentaux du statut censés assurer l'équilibre contractuel ou, pour ce qui est du loyer, de la valeur locative. L'évolution du droit commun des contrats marque probablement également un tournant (**Paragraphe 2**), dans la mesure où ses nouveaux concepts de « substance », « d'imprévision », « d'abus de pouvoir », entérinent probablement l'abandon de la seule référence au marché.

Paragraphe 1 - L'immixtion du juge comme « arbitre » dans le respect des règles statutaires et de procédure

117. « *Le juge peut fixer mais pas condamner* »⁵⁷⁰. Cette citation est issue d'une publication de Madame Ottaway qui relatait un conflit, tranché par le juge, concernant la demande de paiement d'une somme d'argent par un bailleur. Cette phrase illustre parfaitement l'analyse qui sera la nôtre dans ce premier paragraphe.

118. Il s'agit préalablement de justifier l'utilisation du terme « arbitre ». Rappelons qu'en principe ce qui distingue le juge de l'arbitre, c'est que ce dernier « *reçoit la mission de trancher le litige* »⁵⁷¹ « *telle qu'elle découle de la volonté des parties* »⁵⁷². Nous constatons que, s'agissant des règles de procédure propres aux baux commerciaux, l'originalité de celles-ci nous amène, parfois, à considérer la mission du juge, dans la résolution du conflit, comme proche de celle de l'arbitre. C'est notamment le cas pour la fixation du prix.

Cette originalité provient notamment de l'ensemble des règles concernant le lieu, la rédaction préalable des mémoires, la notification de ces mémoires, l'institution d'une commission

⁵⁶⁹ François J., « Les ordonnances Macron sont le fruit d'une lutte entre le législateur et le juge », DP 18 décembre 2017

⁵⁷⁰ Ottaway C., « Le juge des loyers commerciaux est-il compétent pour condamner au paiement de sommes d'argent ? », JCP E n° 39, 26 Septembre 2013, 1524

⁵⁷¹ Guinchard S., « Droit processuel », 3^e éd., 2005, n° 609

⁵⁷² Michel D., « Le contrôle de la mission de l'arbitre », RTD com, 2007, p.1

départementale de conciliation, composée équitablement de bailleurs et locataires. En définitive, par application de ces règles, le juge des loyers ne se prononcera jamais en premier. Dans le cadre de la recherche de l'équilibre économique du bail commercial, celui-ci n'intervient en effet que pour remplir la mission que l'on lui a confiée : la quête du juste prix, et de la stabilité financière du contrat. Le juge des loyers se contente donc, parfois, de fonder sa décision sur la seule valeur locative, sur les facteurs locaux de commercialité, sur les charges ayant déjà été réglées ou, éventuellement, sur un calcul par pondération.

Comme le rappelle Monsieur Barbier, « *la mission du juge est fixée par la loi* »⁵⁷³. Aussi celui-ci, dans le cadre de l'évaluation du loyer, doit se limiter à appliquer rigoureusement des règles d'une grande complexité souvent, notamment en ce qui concerne sa propre compétence (A). Nous analyserons les conséquences pratiques de cette apparente complexité, eu égard à la recherche de l'équilibre du bail commercial (B).

A) Dans l'évaluation, notamment, du prix : l'apparente complexité des règles de compétence

119. Nous nous intéressons, ici, tout particulièrement au prix pour lequel le juge a une mission particulière, eu égard à l'équilibre du bail commercial.

Le prix est non seulement encadré par la loi, mais aussi par les juges. En effet, le juge « *lit le droit (...), donne le prix (...), rend la justice* »⁵⁷⁴. La valeur locative, telle qu'elle est définie par l'actuel statut, n'est pas dépendante du marché évoqué précédemment⁵⁷⁵ mais, nous le verrons par la suite⁵⁷⁶, est encadrée par la loi. Le contrôle du prix est une mission particulière que le législateur a souhaité donner, et renforcer, au profit du juge.

Le prix, c'est-à-dire le loyer, est probablement l'un des éléments les plus déterminants de la volonté des parties. Il n'est peut-être pas « l'obligation » essentielle, mais est à n'en pas douter « une obligation » essentielle. Bien que très encadré par le statut, le juge a toujours joué un rôle important dans sa détermination. La loi en fait même le principal arbitre. D'une part, elle donne à un certain juge une compétence particulière en la matière : « *dans la pratique, on appelle ce*

⁵⁷³ Barbier J.-D., « Les inquiétantes conséquences d'une définition contractuelle de loyer en fonction des seuls prix du marché », GP n°182, 30/06/2012, p.9

⁵⁷⁴ Barbier J.-D., « La nouvelle valeur locative », GP n°71, 12/03/2011, p.9

⁵⁷⁵ Supra n° 112

⁵⁷⁶ Infra n° 244 et s.

magistrat juge des loyers commerciaux ou juge des baux commerciaux »⁵⁷⁷ (1). D'autre part, elle confie les autres compétences à d'autres juges (2).

1- Les règles actuelles de compétence, et la place du juge des loyers

120. Un premier partage de compétence. – Il n'est pas toujours aisé de saisir quelle est la règle de compétence en matière de bail commercial. Pendant longtemps, le principe de l'article R. 321-2 du code de l'organisation judiciaire était le suivant : si le litige concernait les règles fondamentales du statut, mis à part les règles relatives au loyer renouvelé ou révisé, il relevait uniquement du tribunal de grande instance. En revanche, toutes les autres demandes relevaient du droit commun de la procédure civile, donc soit, également, du tribunal de grande instance, soit du tribunal de commerce.

Quant au loyer révisé ou renouvelé, le litige devait être soumis à la décision de ce juge particulier que l'on appelle « juge des loyers ». Ce juge, que Monsieur Blatter appelle également juge des baux commerciaux⁵⁷⁸, est en fait le président du tribunal de grande instance ...

La règle était conséquemment la suivante : le tribunal de référence était la plupart du temps le tribunal de grande instance, et devenait exceptionnellement le tribunal de commerce. Le tribunal de grande instance était en fait, selon la loi, compétent pour s'occuper de manière très générale des actions dont un contrat de louage d'immeubles était l'objet ou la cause.

Cette règle de partage de compétence entre tribunal de grande instance et tribunal de commerce résultait d'une première refonte effectuée par le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998⁵⁷⁹. Notons que, par ce décret, le législateur souhaitait en fait retirer toute compétence au tribunal d'instance, en matière de bail commercial.

121. Simplification des règles de compétence. – Le législateur intervient à nouveau, dans les années 2000, pour tenter de simplifier les règles⁵⁸⁰ en faisant, d'une part, du principe d'exclusivité du tribunal de grande instance un peu plus la règle de compétence et, d'autre part, en éloignant définitivement le tribunal d'instance des litiges relatifs aux baux commerciaux⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ Blatter J-P., « La nouvelle compétence juridictionnelle en matière de baux commerciaux », AJDI 1999, P.670

⁵⁷⁸ Ibidem

⁵⁷⁹ cf Auque F., « Baux commerciaux : la compétence recomposée ? », JCP 1999, p. 249

Barbier J.-D., « La réforme de compétence en matière de baux commerciaux », GP 1999, p.2

Monéger J., « Le printemps des procédures : application en matière de baux et de copropriété », Loyers et copr., avr. 1999, 3

⁵⁸⁰ Décrets n°2008-522 du 2 juin 2008 ; Décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009

⁵⁸¹ Le tribunal d'instance ne pourra plus juger que des litiges relatifs aux baux d'habitation.

Les règles de compétences en matière de baux commerciaux⁵⁸² seront désormais les suivantes : « *le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : baux commerciaux à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, baux professionnels et conventions d'occupation précaire en matière commerciale* »⁵⁸³.

122. Respect du nouveau partage de compétence. – Désormais, lorsque l'on connaît un litige sur la détermination du loyer, il s'agit de saisir le juge des loyers commerciaux. Pour les autres litiges, en matière de bail commercial, on portera l'affaire devant le tribunal de grande instance. Cette règle est d'ordre public. Subsistent toutefois, au profit d'autres juridictions dans des cas particuliers, « *des îlots de compétence résiduelle* »⁵⁸⁴.

En application de ce principe⁵⁸⁵, le tribunal de grande instance sera saisi, le plus souvent, pour des questions relatives à l'application du statut, au renouvellement du bail, aux règles de mise en œuvre du congé, aux indemnités d'éviction, aux délais de prescriptions (ou de forclusion), à la déspécialisation, à la transmission du bail (cession ou sous-location), ou encore à l'application de la clause résolutoire. Dans cette optique, et bien qu'il s'agisse en principe de la compétence du juge des loyers, le tribunal de grande instance peut, à titre accessoire, fixer le montant du loyer renouvelé ou révisé.

Le juge des loyers, étant quant à lui censé trancher uniquement des questions relatives aux loyers par spécialité⁵⁸⁶ peut, s'il ne s'estime pas compétent, renvoyer le litige devant le tribunal de grande instance, voire se dessaisir totalement. Il nous apparaît important, dès à présent, de considérer que la règle risque d'être inintelligible pour le justiciable, dans la mesure où cela revient à dire, finalement, que le président du tribunal de grande instance (le juge des loyers) renvoie le litige devant le tribunal de grande instance... Il est, d'ailleurs, à noter qu'il n'est pas fait référence au juge des loyers commerciaux dans les textes : la règle est d'autant plus complexe.

⁵⁸² Denizot C., Galember A., « Les règles de compétence en matière de baux commerciaux », AJDI 2008, 641 ; « Règles de compétence et baux commerciaux », AJDI 2010, 121

⁵⁸³ C. organ. Jud., Art. R. 211-4

⁵⁸⁴ Rubetti C., « Contentieux des baux commerciaux : devant quelle juridiction ? », Var Ecobiz, La Communauté Commerce 83, juin 2016

⁵⁸⁵ C. com., Art. R.145-23

⁵⁸⁶ Gramaize P., « Le juge des loyers commerciaux », GP n°18, mai 2017, p.22

Signalons également qu'un débat subsiste, au sein même des juridictions⁵⁸⁷, sur la question de savoir si le juge des loyers est compétent pour statuer sur la validité d'un congé. Il a, cependant, déjà été jugé que « *le juge de l'action étant le juge de l'exception, il appartenait au juge des loyers commerciaux de statuer sur la régularité du congé avec offre de renouvellement qui conditionnait sa saisine* »⁵⁸⁸.

Selon cette solution, le juge des loyers peut régulièrement trancher des questions non-relatives aux loyers ... Il peut, semble-t-il, également être évincé, même sur des questions relatives aux loyers.

2- L'éviction jurisprudentielle du juge des loyers commerciaux⁵⁸⁹

123. Application d'une clause de loyer binaire. – Il s'agit ici de s'intéresser brièvement aux clauses très techniques relatives au loyer, déjà étudiées⁵⁹⁰, et basées sur le mécanisme du loyer binaire. Si ces clauses, comme nous avons déjà pu le constater, posent la question de l'application, ou non, des règles d'encadrement du loyer du statut, celles-ci imposent également de s'interroger sur les règles de compétence juridictionnelle.

La principale difficulté pour ces clauses-recettes particulières provient, en premier lieu, de leur éventuelle mauvaise rédaction. En effet, celle-ci ne précisent généralement pas le mode de calcul de la valeur locative, valeur locative à laquelle elles font pourtant référence.

En second lieu, lorsque les clauses se trouvent être parfaitement rédigées et claires, en renvoyant très clairement au juge des loyers pour trancher en cas de contentieux, c'est l'application de l'article 12 du code de procédure civile qui pose alors problème. En vertu de cet article, le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Ainsi, il est régulièrement jugé que « *les cours d'appel (...) auraient nécessairement dû fixer le loyer de base en renouvellement tel que les parties l'avaient prévu* »⁵⁹¹.

124. Clause précise et saisine du juge des loyers. – Récemment, la Cour de cassation⁵⁹² a semblé vouloir rompre avec sa propre jurisprudence en se fondant sur l'ancien article 1134 du

⁵⁸⁷ cf CA Versailles, 11 janv. 2007 n°06/03813 : où la cour d'appel refuse cette faculté

⁵⁸⁸ CA Montpellier, 23 novembre 2010, n° 10/02868

⁵⁸⁹ Jacquin A., « l'éviction du juge par la jurisprudence », AJDI 2016, p.176

⁵⁹⁰ Supra n° 73

⁵⁹¹ Jacquin A., ibidem

⁵⁹² Cass. civ. 3e, 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-16.826, et 15-16.827, Publiés au Bulletin

code civil, ainsi que sur l'article L. 145-33 du code de commerce, en décidant que le juge des loyers était tout à fait compétent pour s'occuper de la détermination de la partie fixe du loyer binaire, en application des principes généraux du statut des baux commerciaux.

Pourtant, la clause de loyer binaire, semblait jusqu'à présent écarter les règles du statut des baux commerciaux de façon pure et simple. On considérait, par le jeu de l'unicité du statut (réaffirmé récemment⁵⁹³), que le bail dépendait soit intégralement du statut, soit en était exclu totalement. Ainsi, le juge ne pouvait fixer une partie du loyer sans être capable de se prononcer sur (et donc de prendre en compte) l'autre partie du loyer.

Les clauses de loyer binaire étaient donc admises mais dépendaient de la seule application de la liberté contractuelle. Par le jeu de cette liberté, les parties décidaient soit de fixer conventionnellement le mode de calcul de la partie fixe du loyer, soit de donner compétence au juge des loyers. C'est cette faculté qui a été reconnue dans les deux arrêts « Marveine » de 2016⁵⁹⁴ : la Cour de cassation acceptait la possibilité de saisine du juge des loyers, mais à la seule condition que la clause soit suffisamment claire et précise.

En outre, ces décisions ne sont pas isolées puisqu'elles suivent deux autres décisions⁵⁹⁵, du tribunal de grande instance et de cour d'appel, qui vont dans le même sens. Ces décisions apparaissent favorables au bailleur dans la mesure où, la plupart du temps, la valeur locative sera supérieure à la partie fixe établie antérieurement par les parties.

125. Nous constatons donc une certaine complexité dans les règles de compétence. Celle-ci aura des conséquences pratiques qu'il s'agit désormais d'étudier.

B) Les conséquences (négatives) pratiques de la complexité des règles de compétence

126. Considérer le juge comme un arbitre, à travers ces règles de compétence en matière de fixation du prix (1), apparaît pertinent. Cette conception semble pourtant très éloignée de la « nouvelle place offerte au juge » dans le nouveau droit commun des obligations (2).

⁵⁹³ Supra n° 73

⁵⁹⁴ Supra n°73

⁵⁹⁵ TGI Bordeaux 2 décembre 2015, n° 14/09219
CA Versailles 13 septembre 2016, n° 15/02232

1- Le juge des loyers, en principe pas un juge mais un arbitre

127. Complexité du partage de compétence actuel. – Le juge des loyers, le tribunal de grande instance et, parfois, le tribunal de commerce, se partagent donc la compétence pour ce qui est du contentieux propre aux baux commerciaux. Le justiciable ne devra pas se tromper au moment de déposer sa demande auprès du tribunal et, par la suite, le juge des loyers (c'est-à-dire le président du tribunal de grande instance) se déclarera tantôt « complètement incompétent » au profit du tribunal de grande instance, tantôt « partiellement incompétent ».

Il semble que la règle, bien que simplifiée par les dernières réformes, soit d'une assez grande complexité. Elle ne sera d'ailleurs pas la même selon le problème juridique qui sera soulevé. Nous avons déjà signalé deux cas de figure hasardeux, à savoir le congé et le loyer binaire, mais il y en a d'autres.

128. Juge des loyers et lissage du déplaçonnement. – La Cour de cassation⁵⁹⁶ vient par exemple de se prononcer « *sur le lissage du déplaçonnement et l'office du juge* »⁵⁹⁷ et de rappeler, qu'en ce qui concerne le loyer et son paiement, la compétence du juge des loyers « *est limitée aux constatations relatives à la fixation du loyer du bail révisé ou renouvelé* »⁵⁹⁸. Le juge ne fait donc que « constater ». Cela signifie qu'il appartient aux parties, en amont, de déterminer et de fixer les modalités et échéanciers de paiement du loyer. Il reste cependant, comme l'expliquait très récemment certains auteurs, « *à déterminer quel sera le juge compétent pour statuer (...) en cas de désaccord des parties* ». Pour Madame Chavance, « *il devrait s'agir du tribunal de grande instance, sauf en présence d'un premier acte d'exécution : dans ce cas, le juge compétent devrait être le juge de l'exécution* »⁵⁹⁹.

129. Juge des loyers et condamnation au paiement d'une somme d'argent. – Se pose également la question de savoir si le juge des loyers a le droit d'imposer le paiement d'une somme d'argent, autre que le loyer⁶⁰⁰. Ce ne devrait pas être le cas, dans la mesure où le législateur a souhaité faire du juge des loyers un « arbitre » qui tranche mais qui ne condamne pas. La jurisprudence montre, toutefois, que le juge des loyers accepte régulièrement de trancher

⁵⁹⁶ Cass. civ 3^e, 9 mars 2018, pourvoi n° 17-70.040, Publié au Bulletin, avis n° 15004

⁵⁹⁷ Chavance E., « Sur le lissage du déplaçonnement et l'office du juge », *Loyers et copr.* n° 5, Mai 2018, 123

⁵⁹⁸ Ibidem

⁵⁹⁹ Ibidem

⁶⁰⁰ Ottawa C., « Le juge des loyers commerciaux est-il compétent pour condamner au paiement de sommes d'argent ? », *JCP E* n° 39, 26 Septembre 2013, 1524

le litige où l'une des parties demande à l'autre le règlement de sommes d'argent : ce sera par exemple le cas pour les trop-perçus de loyers⁶⁰¹, ou pour les intérêts légaux⁶⁰².

Dès lors, non seulement le juge des loyers peut condamner, mais sa décision, ayant force exécutoire, permettra également au demandeur de se faire rembourser puisque ce dernier bénéficie alors d'un titre exécutoire⁶⁰³. Ainsi, la fixation d'une somme à payer, non échue, vaudra titre exécutoire alors même qu'il s'agit d'une exécution provisoire⁶⁰⁴.

Signalons en revanche qu'il a déjà été jugé que le juge des loyers ne peut décider du paiement de dommages-intérêts⁶⁰⁵.

130. Inintelligibilité des règles. – L'assez grande complexité des textes pourrait engendrer des conséquences néfastes, aussi bien pour les bailleurs que pour les locataires.

Il nous apparaît regrettable que la résolution accélérée des contentieux des baux commerciaux n'ait pas été un objectif du législateur dans ses dernières réformes. En effet, il semble important de rappeler que les litiges, relatifs à la fixation ou au paiement du loyer, ont un enjeu considérable. Ils conditionnent bien souvent la viabilité de la relation contractuelle, la stabilité et la possibilité de continuer l'exploitation pour le preneur. Or, ceux-ci vont parfois nécessiter la réitération des demandes, et la multiplication des frais de justice. Signalons enfin que, pour les baux commerciaux, la prescription contractuelle est quinquennale⁶⁰⁶, mais seulement biennale pour ce qui est des contentieux⁶⁰⁷.

Par conséquent, la complexité impose aux parties de faire preuve de la plus grande des rigueurs, avant de franchir la porte du tribunal.

⁶⁰¹ CA Nîmes, 2e ch. B, 3 nov. 2011, n° 10-017387

⁶⁰² Cass. civ. 3e, 3 oct. 2012, pourvoi n° 11-17 177, Bull. 2012, III, n° 136 (cassation partielle) ; CA Versailles, 12e ch., 12 févr. 2013, n° 11-07849

⁶⁰³ CA Paris, 16e ch., 5 mars 1996, n° 95-5338

⁶⁰⁴ Cass. Ass. Plén., 10 juin 2005, n° 03-18.922, Bull. 2005 Ass. Plén. n° 6 p. 15

⁶⁰⁵ CA Paris, 16e ch. A, 10 nov. 2004, n° 02-18346

⁶⁰⁶ Récupération du loyer impayé par exemple, ou a contrario créance de restitution de loyer indexé indu.

⁶⁰⁷ Nous parlons des actions n'ayant pas vocation à réputer non écrite une clause. A titre d'exemple : l'action en fixation du loyer de renouvellement, l'action en révision triennale, action en nullité du congé, etc.

Cf Tixier J.-L., « La prescription en contentieux des baux commerciaux après la loi Pinel », option finance, mars 2015 : « *L'ensemble des actions relevant du statut des baux commerciaux reste soumis au régime unique de la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce, depuis la loi 2088-776 du 4 août 2008, dite LME* ».

Cette rigueur vaut également pour la rédaction de leur demande. En effet, notons par exemple que, puisque le juge des loyers est arbitre, qu'il ne condamne pas, la jurisprudence montre⁶⁰⁸ qu'une demande adressée au juge des loyers, dans laquelle le terme de « condamnation » serait utilisé, aura tendance à être « rigoureusement »⁶⁰⁹ renvoyée⁶¹⁰...

2- Equilibre du bail et juge : réflexion sur les règles de compétence après les dernières réformes

131. Déséquilibre(s) significatif(s). – Il est une question cruciale, pour ce qui est de l'équilibre du bail commercial, que l'on va traiter tout particulièrement au moment de parler du déséquilibre significatif⁶¹¹ et de la révision pour imprévision⁶¹² : il s'agit de la place du juge dans le rapport contractuel. Nous l'abordons d'ores et déjà dans la mesure où, tout d'abord, elle a des conséquences sur la compétence ou non du tribunal de grande instance, et dans la mesure, ensuite, où la question s'est déjà posée dernièrement après l'entrée en vigueur de la première version de la réforme du droit des contrats, au mois d'octobre 2016.

Cette réforme instaure la sanction du déséquilibre significatif et « *perturbe un peu la compétence juridictionnelle matérielle* »⁶¹³. Le bail commercial apparaît concerné par cette sanction, puisque le déséquilibre significatif s'applique aux contrats d'adhésion et que, même si le débat subsiste encore, il est assez largement reconnu, en doctrine, que le bail commercial est un contrat d'adhésion.

132. Déséquilibre significatif commercial et compétence du TGI. – Le problème auquel une cour d'appel de Paris en l'espèce, a été confrontée en octobre 2016⁶¹⁴, était de savoir si les règles de compétences exposées précédemment prévalaient sur les règles de compétence applicables au déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 du code de commerce.

⁶⁰⁸ CA Paris, 6 févr. 1990 ; CA Angers, 10 janv. 2012, n° 11-00032 ; CA Nîmes, 3 nov. 2011, n° 10-01738

⁶⁰⁹ Ottaway C., *ibidem*

⁶¹⁰ CA Agen, 20 oct. 2008, n° 08-01135

⁶¹¹ *Infra* n° 508

⁶¹² *Infra* n° 802

⁶¹³ Brignon B., « Bail commercial - Compétence du TGI en matière de baux commerciaux : quand le déséquilibre significatif perturbe un peu la compétence juridictionnelle matérielle ! », JCP E n° 47, 24 Novembre 2016, 1629

⁶¹⁴ CA Paris, 18 octobre 2016 n° 14.27212

Signalons d'ores et déjà, pour la bonne compréhension de cet arrêt, qu'il existe à l'heure actuelle plusieurs déséquilibres significatifs dans notre droit positif, à savoir celui du code civil⁶¹⁵, celui du code de commerce⁶¹⁶, et celui du code de la consommation⁶¹⁷.

En l'espèce, il était question d'un refus de renouvellement par un bailleur, et d'un locataire qui s'estimait soumis à une situation abusive constitutive d'un déséquilibre significatif. Cependant, le locataire faisait le choix de soumettre le litige au tribunal de commerce puisque, selon lui, les questions de rupture brutale des relations et de déséquilibre, dans une relation commerciale, « *ne relevaient pas de la compétence du tribunal de grande instance de Paris* ».

La cour ayant refusé cette possibilité au locataire, l'affaire alla jusqu'en cassation⁶¹⁸. La Cour décida que le litige en question imposait au préalable de juger de la bonne application des règles fondamentales du statut, à savoir celles relatives au droit d'option du bailleur⁶¹⁹, ce qui « *relève de la compétence du tribunal de grande instance* ». L'arrêt était d'ailleurs l'occasion de rappeler qu'il est tout à fait possible pour une juridiction civile de se prononcer sur des questions relatives à l'article L. 442-6 du code de commerce. Le choix du locataire était donc dénué de fondement.

133. Compétence du TC et rejet du déséquilibre significatif commercial. – La précédente solution pourrait consister en une application, rigide, du principe d'exclusivité du tribunal de grande instance pour les baux commerciaux, lorsque le litige concerne, en partie, l'application des règles générales du statut. Doit-on dès lors considérer que, dans pareil cas, la compétence du tribunal de commerce, spécialisé dans les contentieux relatifs à l'article L. 442-6 du code de commerce, doit-elle être écartée ? Il semble qu'un début de réponse puisse être à trouver dans un autre arrêt rendu en novembre 2016, encore une fois par la cour d'appel de Paris⁶²⁰.

Le litige en présence n'était pas relatif au renouvellement du bail, mais portait sur des clauses dites de « non-responsabilité » que le locataire trouvait susceptibles de démontrer, à elles-seules, le déséquilibre significatif du bail commercial. Le locataire sollicite le jugement du tribunal de grande instance, cette fois-ci, en fondant pourtant également sa demande sur l'article

⁶¹⁵ C. civ., Art. 1171

⁶¹⁶ C. com., Art. L. 442-6, I, 2°

⁶¹⁷ C. consom., Art. 132-1 et s.

⁶¹⁸ Cass. com., 18 octobre 2016, pourvoi n°14.27212, Publié au Bulletin

⁶¹⁹ C. com., Art. L145-57 du code de commerce

⁶²⁰ CA 25 novembre 2016, n°16/08557

L. 442-6 du code de commerce. Seulement, en l'espèce, la cour adopte un tout autre raisonnement et juge le tribunal de commerce compétent.

Elle précise en outre que, peu importe la situation particulière des parties, le lieu dans lequel se trouvait le local commercial, et le type de bail commercial auquel le juge se trouve confronté : les règles du statut sont d'ordre public et doivent, selon la cour, s'appliquer que le bail « *porte sur une boutique ou la cellule d'un centre commercial* ». Dès lors, les parties ne peuvent y déroger mais sont, pour le reste, soumises aux règles supplétives du code civil.

Pour ce qui est du déséquilibre significatif du code de commerce, la cour ajoute que « *les dispositions du statut des baux commerciaux qui tendent dans leur ensemble à assurer l'équilibre des droits de chaque partie au contrat de bail sont exclusives de toute application conjointe ou alternative des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce qui visent pour leur part à réguler les relations commerciales entre professionnels, portant sur la fourniture ou la distribution de produits ou services* ».

Rappelons que les règles de l'article L. 442-6 du code de commerce sont également d'ordre public. Il est intéressant, par conséquent, de relever que la cour d'appel instaure en quelque sorte une hiérarchie entre plusieurs ordres publics. Mais il est également à remarquer que la cour prend le soin, dans le même temps, de préciser que les règles du code civil, relatives au bail commercial, sont supplétives pour la grande majorité, ce qui offre dans pareille situation la possibilité d'appliquer les règles d'ordre public du code de commerce.

La cour fait par ailleurs une étonnante distinction : elle précise que le dispositif issu du statut a pour but d'assurer l'équilibre du contrat, et que celui de l'article L442-6 a, pour sa part, vocation à encadrer les relations professionnelles. Ainsi, et bien que selon nous l'article L. 442-6 ait également pour but d'équilibrer les droits et obligations des cocontractants, la cour d'appel refuse d'appliquer celui-ci au bail commercial, fondant sa décision sur l'ordre public du statut, et sur le fait qu'ici « *bailleur et preneur ne concourent pas ensemble à des actes portant sur une activité de production, de distribution ou de service* ».

Il est probable que le juge, au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau droit des contrats, bien que non applicable à l'affaire, ait voulu implicitement préciser que le seul déséquilibre significatif applicable au bail commercial doit être celui de l'article 1171 du code civil⁶²¹.

⁶²¹ Infra n° 379

134. En conclusion du présent paragraphe, nous affirmons donc que les conséquences juridiques, juridictionnelles, économiques et financières des règles de compétence peuvent être très importantes pour les parties. Il nous a été permis de déceler la trop grande complexité des règles. Celle-ci peut amener les parties à commettre des erreurs pouvant avoir une répercussion dramatique pour elles.

Le Premier ministre Édouard Philippe et la garde des Sceaux Nicole Belloubet exposaient au mois d'octobre 2017 « *les chantiers de la Justice* »⁶²². A cette occasion, la ministre « *précisait qu'il fallait simplifier les règles de saisine du juge* »⁶²³. Par la suite, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁶²⁴ annonçait, plus précisément, « *la fusion des tribunaux d'instance et de grande instance* » dans certaines villes, et la création de « *pôles spécialisés dans les départements ayant plusieurs tribunaux de grande instance* ». Présentée dès le 20 avril 2018 en conseil des ministres, la réforme n'a cependant pas pu être « *examinée à l'Assemblée nationale avant l'été et débutera son parcours législatif par le Sénat le 9 octobre* ».

Le 18 septembre 2018 la garde des Sceaux dévoilait les derniers arbitrages rendus sur le projet de loi aux représentants des différentes professions juridiques concernées, et annonçait, le 20 septembre suivant, de nouveaux ajustements à venir sur l'organisation judiciaire⁶²⁵. Notons que la procédure d'urgence a été demandée par le gouvernement et que, selon toute vraisemblance, les députés devraient retravailler le texte à partir de la fin du mois de novembre 2018⁶²⁶.

Peut-être assistera-t-on aux changements nécessaires à la simplification de ces règles de compétence. Cela pourrait s'avérer d'autant plus nécessaire qu'en matière de baux commerciaux, le juge est amené à assumer un rôle de plus en plus important. En effet, celui-ci n'est, dans la majeure partie des cas, pas un simple arbitre. Son importance devrait d'ailleurs être amplifiée avec les dernières réformes.

⁶²² Cf Site du ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/le-premier-ministre-presente-a-nantes-les-chantiers-de-la-justice-30914.html>

⁶²³ Vercken H., « Les modes amiables de résolution des différends adaptés aux contentieux des baux et loyers commerciaux », AJDI 2018 p.265

⁶²⁴ « Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice », Dossier de presse avril 2018, ministère de la justice.

⁶²⁵ Pourtau S., « Réforme de la justice : les derniers ajustements connus », actualité du droit, WKF, 21 septembre 2018

⁶²⁶ Jacquin J.-B., « Nicole Belloubet accepte d'assouplir sa réforme de la justice », Le Monde, 18 septembre 2018

Paragraphe 2 - L'immixtion du juge comme troisième partie au contrat de bail commercial

135. Autrement dit, « *le juge peut-il refaire la clause illicite ?* »⁶²⁷. La loi Pinel n'a rien prévu de la sorte. Mais ce n'est pas le cas de la réforme du droit des contrats. En se posant la question de savoir quelle est la place du juge dans le droit des baux commerciaux (A), et quelle est sa place dans le nouveau droit des contrats (B), peut-être pourra-t-on envisager sa place dans la future pratique des baux commerciaux. En effet, celle-ci intéresse particulièrement le bon équilibre du bail commercial.

A) La place historique et actée du juge dans l'équilibre du droit des baux commerciaux

136. Le juge retrouve un rôle beaucoup plus important, dès lors qu'il doit juger d'autre chose que du respect des règles générales du statut, et de procédure, applicables aux baux commerciaux, c'est-à-dire principalement lorsqu'il doit contrôler l'équilibre du bail commercial. Une telle intervention ne peut en aucun cas se limiter à une fixation « arbitrale », comme cela se fait s'agissant du prix. Toutefois, celle-ci est encadrée (1) puisque le juge doit historiquement respecter une double logique dans le rendu de ses décisions : la première de ces deux logiques, venant « *à la rescousse du preneur* »⁶²⁸, peut parfois aller contre l'autonomie de la volonté⁶²⁹, lorsque la seconde apparaît nettement plus en faveur de la liberté contractuelle. Le respect de la volonté des parties apparaît donc relatif : c'est peut-être pour cette raison que le juge est parfois évincé par les parties. Précisons cependant que le juge n'est pas évincé par les seules parties au contrat (2).

1- La recherche de l'équilibre du bail commercial par le juge : une mission encadrée

137. Le juge recherche la cohérence (a) et la substance (b) du bail commercial.

a- Contrôle du respect de l'obligation de délivrance : recherche de cohérence en dépit de la liberté contractuelle

138. L'obligation de délivrance un principe jurisprudentiel historique du droit des baux commerciaux⁶³⁰. – « *Autrement dit la dictature de l'effet absolu de l'obligation de*

⁶²⁷ Confino A., « réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel » AJDI 2015, p.407

⁶²⁸ Kendérian F. obs. sur Cass. civ. 3e 20 janv. 2009, pourvoi n°07-20.854, RTD com. 2009, 694

⁶²⁹ La Vaissière F., « encore l'obligation de délivrance ! », AJDI 2017, p.270

⁶³⁰ cf Berrebi G., « Vers un renouveau de l'article 606 du code civil ? », AJDI 2016, 826

Blatter J.-P., « Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle, Mars 2015-Mars 2016 », AJDI 2016, 882

*délivrance justifie-t-elle encore d'affecter le peu de liberté contractuelle qu'il reste aux intéressés ? »*⁶³¹.

Celle-ci impose au bailleur de délivrer à son locataire commercial un local compatible avec la destination et l'usage prévu au contrat. C'est avant tout un principe légal, d'ordre public, figurant aux articles 1719 et 1720 du code civil, selon lesquels « *le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière de délivrer au preneur la chose louée* » et « *de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce* ».

Cette obligation protège depuis fort longue date, et très régulièrement, le locataire pour ce qui est des questions relatives à l'entretien du local ou aux travaux de remise aux normes⁶³², et ce malgré l'éventuelle insertion par le bailleur, dans le contrat, d'une clause selon laquelle le locataire accepterait les lieux tels qu'ils sont, et devrait, sans recours contre le bailleur, faire son affaire personnelle de tous les travaux, ou également de toute demande d'autorisation nécessaire à l'installation du commerce dans le local.

Elle continue de protéger le locataire en matière de répartition des charges, encore aujourd'hui malgré l'entrée en vigueur du régime beaucoup plus encadré issu de la loi Pinel, contre les baux qui chercheraient à mettre à sa charge la totalité des travaux. Ainsi, en application de l'obligation de délivrance, le juge décide régulièrement qu'en l'absence d'une clause claire et précise, l'imprécision profite toujours au locataire en affirmant de manière constante que, « *même si le contrat met à la charge du locataire toutes les réparations y compris celles visées par l'article 606 du code civil, le bailleur ne s'en trouve pas pour autant déchargé de toute obligation d'entretien* »⁶³³.

139. Contrôle de la cohérence du bail. – En fait, l'obligation de délivrance est véritablement la « *police de cohérence du bail commercial* »⁶³⁴. Elle justifie donc, à ce titre, la possibilité d'écarter le principe de liberté contractuelle. Il s'agit même, selon certains auteurs, de « *l'apport du droit des baux à la réflexion sur la théorie générale des contrats* ».

En vertu de cette obligation, le preneur ne pourra pas, par exemple, être condamné pour troubles anormaux de voisinage si le bailleur, qui connaissait la future activité de son preneur, n'avait

⁶³¹ Ibidem

⁶³² Rouquet Y., obs. sur Cass. civ. 3^e, 10 juin 2015, pourvoi n° 14-15.961, D. 2015. 1319 ; et sur le même arrêt obs. de Damas N., AJDI 2015, 773

⁶³³ Berrebi G., « Vers un renouveau de l'article 606 du code civil ? », AJDI 2016, 826

⁶³⁴ cf Kendérian F., ibidem

pas fait en sorte que le local délivré soit parfaitement compatible avec ladite activité, et ne puisse ainsi pas causer de tels troubles. Une telle précaution aurait évidemment été en l'occurrence cohérente.

Tel avait été le cas dans un arrêt relatif au bruit causé par une société de karting⁶³⁵, dont se servent encore régulièrement tous les commerçants jugés trop bruyants, et poursuivis pour trouble anormal du voisinage, afin de rejeter la faute sur le bailleur non-prévoyant. Ce sera par exemple, et de manière plus commune, le cas d'une boulangerie dont les pétrisseurs et les outils génèrent beaucoup de bruit pendant la nuit. Nous ne saurions que trop conseiller aux locataires et bailleurs de ne jamais conclure un bail commercial pour une activité de boulangerie, ou pour toute autre activité bruyante d'ailleurs, pour un local au-dessus duquel existent des locaux d'habitation ...

140. Interprétation stricte du bail. – L'analyse de la jurisprudence permet de constater que l'interprétation de la Cour de cassation, en ce qui concerne l'obligation de délivrance, est de plus en plus défavorable au bailleur. Le durcissement des solutions de la Cour de cassation est relativement récent dans la mesure où, très régulièrement dans les années 90, la clause évoquée précédemment, par laquelle le bailleur s'exonérait de son obligation de délivrance, était encore admise⁶³⁶. Cette évolution va incontestablement contre le principe de la liberté contractuelle. Toutefois, le juge applique en revanche un autre principe plus en faveur de celle-ci.

b- Respect absolu de la substance des droits et obligations convenus entre les parties, en dépit du principe de bonne foi

141. Respect de la force obligatoire des conventions. – « *Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties* »⁶³⁷.

Cette règle correspond en fait à l'application de la jurisprudence dite « *les Maréchaux* »⁶³⁸ qui apporte une limite à l'intervention du juge dans le contenu du contrat, en dépit de la bonne foi.

⁶³⁵ Cass. civ. 3^e, 10 décembre 2008, pourvoi n°07-20.277, Inédit

⁶³⁶ Lafond J., « L'acceptation des locaux loués dans l'état où ils se trouvent », JCP N 1996., n° 17

⁶³⁷ M.H., « La loi des parties, limite à l'intervention du juge au nom de la bonne foi », Dalloz-etudiant.fr, droit des obligations

⁶³⁸ Cass, com, 10 juillet 2007 n°06-14768, Bull. 2007, IV, N° 188

Rappelons que l'ancien article 1134 du code civil pose le principe selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (...) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise (...) (et) doivent être exécutées de bonne foi* ».

Suite à la réforme du droit des contrats de 2016, comme l'explique ironiquement Monsieur Klagl, « *par un phénomène de métempsychose législative, il (l'article 1134) est désormais réincarné dans trois articles du nouveau code civil* »⁶³⁹, à savoir les articles 1103, 1193 et 1104 du code civil. Le principe restant le même, il apparaîtrait cohérent de penser que la jurisprudence, fondée sur l'ancien article 1134, reste applicable suite à la réforme.

Néanmoins, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment précisé⁶⁴⁰ que les différents alinéas de l'ancien article 1134 ne devaient pas toujours être appliqués en totalité, en ce qui concerne les baux commerciaux. En l'espèce, la cour d'appel aurait dû appliquer le premier alinéa de l'article 1134 selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », mais pas le troisième selon lequel « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ».

La Cour proclame, ou réaffirme du moins, la force obligatoire des contrats, en ce qui concerne la répartition des droits et obligations du bail commercial. Cette décision nous laisse penser, qu'en application de cette solution, le nouvel article 1104, selon lequel « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », doive être évincé à l'avenir. Précisons, en revanche, que la Cour sanctionne les clauses résolutoires invoquées de mauvaise foi⁶⁴¹.

142. Respect de la substance du bail commercial. – Si le juge peut sanctionner l'usage abusif d'une clause contractuelle, la règle issue de la jurisprudence des « *Maréchaux* » doit le conduire à le faire sans jamais porter atteinte à la « substance » des droits et obligations convenus entre les parties. Autrement dit, le juge peut sanctionner une « prérogative contractuelle », mais pas la « substance contractuelle ». La substance est l'objet du contrat, la raison, la cohérence économique justifiant la volonté des parties. La prérogative n'en est qu'un accessoire, un droit substantiel.

⁶³⁹ Klagl P. « L'article 1134 est mort : vive l'article 1134 ! », Les PA des Alpes Maritimes, 27 mai 2016

⁶⁴⁰ Cass Civ.1^{re}, 26 mars 2013, n°12-14.870, Inédit

⁶⁴¹ Cass Civ. 1^{ere}, 31 janvier 1995 n°92-20.654, Bull. 1995 I N° 57 p. 41

Pourtant, dans l'arrêt précédent, la clause répartissant les charges semble être l'accessoire du contrat. Même importantes, les obligations qui en résultent n'apparaissent pas être les obligations principales du bail commercial. En réalité, dans sa solution, la Cour de cassation rappelle comment appliquer l'ancien article 1134 et, plus précisément, le principe bonne foi pour les baux commerciaux.

« L'alinéa 3 de l'article 1134 (correspondant désormais au nouvel article 1104) ne concerne que la manière d'exécuter l'obligation, il ne permet plus de créer ou de révéler des obligations nouvelles ni d'élargir le contenu, la portée des obligations existantes, encore moins d'en supprimer »⁶⁴². Dès lors, « le contenu du contrat et sa force obligatoire relèvent donc du seul alinéa 1^{er} de l'article 1134 »⁶⁴³, soit du nouvel article 1103. « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » et la bonne foi ne doit donc pas conduire à refaire le contrat, ni à dénaturer la volonté initiale des parties.

143. Eventuellement, l'ancien article 1135 du code civil, correspondant désormais au nouvel article 1194 du même code, pourrait être accepté et constituer un bon compromis dans la mesure où, selon cet article, *« les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi »*⁶⁴⁴. Certains y voient même une nouvelle forme de déontologie contractuelle qui s'imposerait aux contractants et au juge, contre l'utilisation excessive de la bonne foi⁶⁴⁵. Peut-être cette déontologie servira-t-elle dans les années à venir, au vu de la place de plus en plus importante que prendra la bonne foi dans les relations contractuelles⁶⁴⁶.

2- La mise à l'écart récente du juge dans la pratique des baux commerciaux

144. Il s'agit ici de faire le constat suivant : le juge peut être mis à l'écart dans la pratique des baux commerciaux. Nous l'avons déjà constaté, dans la jurisprudence récente, au moment d'étudier le loyer binaire⁶⁴⁷ : en ce sens le juge est déjà écarté dans la pratique, et dans la rédaction des baux. Mais l'éviction du juge se fait également de manière législative.

A l'image des principes récents issus de la justice dite du XXI^{ème} siècle, selon lesquels le recours au juge ne doit pas être systématique dans la résolution des conflits, il semble qu'il

⁶⁴² M.H., « La loi des parties, limite à l'intervention du juge au nom de la bonne foi », Dalloz-etudiant.fr, droit des obligations

⁶⁴³ Ibidem

⁶⁴⁴ Nouvel article 1194 du code civil, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

⁶⁴⁵ M.H., Ibidem

⁶⁴⁶ Infra n° 707 et s.

⁶⁴⁷ Supra n° 73

faillie mettre en avant, dans le droit des baux commerciaux, le désir du législateur de non-systématisation du recours au juge. Le terme « *d'éviction du juge* »⁶⁴⁸ est ainsi utilisé par certains auteurs. Cela se justifie notamment par le fait que la décision du juge « *va parfois engendrer de nouveaux conflits, car le juge n'a pas en sa possession tous les éléments qui expliquent le conflit et cette spirale contentieuse entraîne généralement la rupture définitive des relations entre les parties et la disparition de toute forme de dialogue* »⁶⁴⁹.

Un autre mode de résolution du conflit serait donc à privilégier. Il pourrait s'agir des modes alternatifs de règlement des litiges⁶⁵⁰ dans lesquels, « *à nouveau, la liberté contractuelle vient servir l'adoption d'un mode de résolution amiable des litiges* »⁶⁵¹. Monsieur Monéger⁶⁵² constate à ce titre une récente « *chute impressionnante du nombre d'affaires inscrites aux rôles des juridictions d'appel* », les parties guidées par leurs conseils commençant à prendre « *conscience que la bonne solution est celle qui résulte de leur volonté commune* ».

Cette prise de conscience a tout d'abord été celle de la loi **(a)**, avant d'être celle des parties **(b)**.

a- La mise à l'écart du juge par la loi

145. Le juge est censé être le garant de l'équilibre. Quel intérêt aurait le législateur à mettre à l'écart ce dernier ?

146. Justification au regard de la multiplication des contentieux. – La première, et principale, raison est probablement à trouver dans l'inflation des contentieux en matière de baux commerciaux, ainsi que dans la durée et la complexité des procédures. Monsieur Monéger considère d'ailleurs que ce problème n'est pas amené à s'atténuer avec le temps. Selon lui, les nouvelles évolutions du droit commun des contrats, et la différence de régime qui existera, selon que le contractant sera libre de signer ou forcé d'adhérer, vont apporter une modification de « *la philosophie sous-jacente du droit des contrats* », d'autant plus que « *la complexité et l'obsolescence des textes de loi, parfois vieux de plusieurs révolutions économiques, la médiocrité syntaxique et grammaticale des nouveaux textes, conduisent à une inflation judiciaire, aussi problématique que celle de la loi* »⁶⁵³.

⁶⁴⁸ Blatter J.-P., « L'éviction ou le retour du juge ? », AJDI 2016, 170

⁶⁴⁹ Vercken H., *ibidem*

⁶⁵⁰ *Infra* n° 163 et s.

⁶⁵¹ Monéger J., « L'éviction du juge par la loi », AJDI 2016 p.170

⁶⁵² *Ibidem*

⁶⁵³ Monéger J., *ibidem*

L'auteur va encore plus loin dans sa réflexion en ajoutant que l'effet positif que les parties retirent du recours au juge, au vu de nombreuses décennies de jurisprudences rendues, est rarement très probant. L'équilibre, selon lui, rejaillirait peut-être, de manière non forcément souhaitée au départ par le législateur, et de manière assez paradoxale, par la voie extra-judiciaire : il s'agirait de recourir à l'amiable, par l'arrangement, et par toutes les solutions autres que le recours au juge qui « *ne devrait être que l'ultime recours (...). Le législateur, en allant en ce sens, agit avec raison* »⁶⁵⁴.

147. Justification au regard du défaut d'intelligibilité de certains articles. – La deuxième raison c'est, à n'en pas douter, le défaut de ce statut des baux commerciaux qui revient peut-être le plus régulièrement dans les commentaires, et qui alimente la vision que le grand public a de ce contrat spécial : il s'agit de la forte inintelligibilité du droit des baux commerciaux. Simplifier celui-ci en le rendant plus accessible, cela était pourtant l'un des objectifs principaux de la loi Pinel de 2014 : l'échec est reconnu de manière unanime en doctrine.

148. Recherche d'une voie alternative de résolution. – C'est dans ce contexte que le conseil juridique, du bailleur comme du preneur, recommandera, bien souvent, de choisir parmi les options possibles, sans parfois même savoir quelle est la bonne à la lecture de la loi, la « moins risquée ».

Aussi, la solution offrant un minimum d'incertitude juridique consistera, parfois, à écarter le juge, au regard du caractère aléatoire d'une décision de justice. La mise à l'écart du juge, le décret n°2015-282 du 11 mars 2015, modifiant le code de procédure civile, « *sauf exception, la demande* »⁶⁵⁵. La loi Pinel, quant à elle, a apporté un changement en ce qui concerne la « commission départementale de conciliation des baux commerciaux ».

α - La mise en avant de la solution amiable et préalable du différend par la loi⁶⁵⁶

149. Une nouvelle obligation préalable. – La loi c'est tout d'abord le décret n°2015-282 du 11 mars 2015. Ce décret considéré avec sévérité par certains auteurs comme un « *décret fourre-tout* »⁶⁵⁷, apporte quelques modifications aux règles de procédure en droit des baux

⁶⁵⁴ Ibidem

⁶⁵⁵ Ibidem

⁶⁵⁶ Blatter J.-P., ibidem

⁶⁵⁷ De La Vaissière F., « Regard critique sur le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », AJDI 2015 p.325

commerciaux avec pour objectif, objectif louable, de simplifier et « *dé-judiciariser* »⁶⁵⁸ les règles.

Suite au rapport Pelletier de 2004⁶⁵⁹, il avait été souligné que les modes alternatifs, ou modes extra-judiciaires, de résolution des conflits étaient très peu utilisés dans la matière des baux commerciaux⁶⁶⁰ alors que, selon certains commentateurs⁶⁶¹, il s'agirait probablement de la solution la plus adéquate pour réduire le très grand nombre de litiges portés devant les juridictions.

Ce décret de 2015 ajoute, au sein du code de procédure civile, une disposition selon laquelle « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »⁶⁶².

Cela signifierait que la voie extra-judiciaire devient désormais plus qu'une solution alternative, une condition que les parties devraient avoir remplie avant de faire appel au juge. On peut voir au travers de ces dispositions une certaine étape à franchir, à savoir la preuve du caractère sérieux de la demande, qui pourrait faire en sorte de réduire le nombre de litiges portés devant le juge.

150. Une obligation dépourvue de sanction. – Une critique nous apparaît devoir être déjà faite s'agissant de cette nouvelle obligation préalable. Celle-ci, étant par ailleurs une bonne idée, n'est assortie d'aucune sanction, mise à part la possibilité pour le juge « *de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* »⁶⁶³. Mais signalons tout de même que certains, notamment Monsieur Monéger, y voient au contraire un choix sage, dans la mesure où le rapprochement des parties est parfois tout simplement impossible⁶⁶⁴.

151. Imprécision sur la forme des diligences. – Par ailleurs, le législateur n'a pas souhaité préciser, de manière exhaustive ou non, quelles pourraient être les différentes formes que

⁶⁵⁸ Monéger J., « Compétence et procédure », RTD Com. 2015, p.231

⁶⁵⁹ Pelletier P., « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Ministère de la justice, Avril 2004

⁶⁶⁰ Terrier F. in Monéger J. « Compétence et procédure », RTD Com. 2015, p.231

⁶⁶¹ Monéger J., « Modes alternatifs de règlement des litiges et baux commerciaux », in Hayat M. « Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain, hommage à Yves Chaput », LexisNexis, Creda, 2014

⁶⁶² C. proc. civ., Art. 56, modifié par décret n°2015-282 du 11 mars 2015 - art. 18

⁶⁶³ C. proc. civ., Art. 127, modifié par décret n°2015-282 du 11 mars 2015 - art. 21

⁶⁶⁴ Monéger J., « Compétence et procédure », RTD Com. 2015, p.231

devraient prendre les diligences en question. Cette seconde imprécision a valu à cette nouvelle obligation préliminaire d'être qualifiée d' « *extrêmement molle* »⁶⁶⁵ par certains commentaires.

Monsieur Monéger, quant à lui, s'est interrogé sur la possibilité que la preuve d'un échange de courriers, ou de courriels, entre les parties ou entre leurs mandataires respectifs, bien annexé en copie de la demande, soit suffisante pour prouver que de telles diligences ont été prises. Il faudrait, selon lui, que de tels échanges « *expriment suffisamment clairement que la partie, à l'origine de la saisine du juge, a véritablement tenté d'amener l'autre à la table du conciliateur, du médiateur ou du débat transactionnel* »⁶⁶⁶.

Or, rappelons que les règles de procédures, spécifiques aux baux commerciaux, prévoient déjà un échange obligatoire. En effet, certains articles, c'est le cas par exemple de l'article R. 145-27 du code de commerce en matière de fixation du prix du bail renouvelé, prévoient pour que le juge puisse être saisi qu'un mémoire préalable doit être rédigé et notifié à la partie adverse. Il s'agit d'une obligation puisque, à défaut de la réaliser, la saisie du juge est irrecevable.

C'est d'ailleurs de la notification de ce mémoire que part le délai d'un mois pendant lequel les parties peuvent trouver une solution amiable. Dès lors, il nous apparaît raisonnable de penser, comme plusieurs commentateurs, que ce mémoire doit être le « support possible » sur lequel doit figurer l'existence ou non du respect de cette nouvelle obligation préalable.

Monsieur Monéger⁶⁶⁷ s'est également posé la question de savoir si un compromis d'arbitrage « *devrait être considéré comme une recherche suffisante* », étant donné que « *l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, et non une mission de recherche d'une décision amiable, comme en cas de conciliation ou de médiation* ».

152. Exceptions prévues par le texte. – A défaut de prévoir la forme que peuvent prendre ces diligences, le décret précise toutefois les cas de figure où il sera légitime d'admettre que les diligences de propositions amiables de résolution de litiges ne pouvaient être prises. Ce sera notamment lorsque les parties seront confrontées à une situation d'urgence, une spécificité d'une matière particulière justifiant l'application d'un régime dérogatoire, ou à d'autres dispositions d'ordre public impératif.

⁶⁶⁵ Amrani-Mekki S., « L'ambition procédurale du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », GP n°167, 2015

⁶⁶⁶ Monéger J., « L'éviction du juge par la loi », AJDI 2016, p.170

⁶⁶⁷ Ibidem

153. Volonté de déjudiciarisation. – Certains auteurs voient dans ce décret, et dans ce désir d’extra-judiciarisation, « *une volonté d'accroître la déjudiciarisation rampante, qui ressemble à une inéluctable et nouvelle marche vers la médiation systématique et obligatoire que voudraient nous imposer les technocrates de la Chancellerie* »⁶⁶⁸. Selon cet avis, il serait regrettable que le législateur privilégie la possibilité de réaliser des économies dans les tribunaux, plutôt que d’améliorer les procédures et la qualité des règles de ces procédures.

Pour aller dans ce sens, il semble en effet intéressant de se demander si la recherche de réduction des procès par le législateur ne traduit pas une certaine réalité : dans leur grande majorité, les litiges relatifs aux baux commerciaux sont parfois superflus. Néanmoins, pour ce qui est justement des baux commerciaux, la plupart du temps, si les parties se retrouvent devant le juge c’est qu’elles n’ont plus d’autre choix et qu’elles se retrouvent probablement dans une situation de blocage absolue. Aussi, celles-ci, ne trouvant aucune solution, face à la complexité des règles propres à la matière, désirent peut-être réellement « faire appel » à l’avis d’expert qu’est le juge.

β - L’extension des pouvoirs de la commission départementale de conciliation des baux commerciaux par la loi

154. Résolution amiable du différend. – Il est important, dans un premier temps, de rappeler ce qu’est la commission départementale de conciliation au sein du droit des baux commerciaux⁶⁶⁹. Celle-ci, créée en 1988⁶⁷⁰ et inspirée de la commission de conciliation propre aux baux d’habitation, figure dans le code de commerce à l’article L. 145-15.

Bien que sa saisine soit facultative⁶⁷¹, cette commission offre la possibilité aux bailleurs et aux preneurs de régler leur litige, lorsque celui-ci concerne le montant du loyer renouvelé. La commission n’est toutefois pas une juridiction, ne rendant qu’un avis. En revanche, elle a la faculté de constater l’accord trouvé par concertation entre les parties, par la conclusion d’un acte écrit.

Si un tel écrit ne peut néanmoins pas être conclu, l’avis de la commission conserve une certaine valeur dans la mesure où, par la suite, lorsque les parties porteront hypothétiquement leur litige devant le juge, ce dernier en tiendra compte pour rendre sa décision.

⁶⁶⁸ De La Vaissière F., Ibidem

⁶⁶⁹ cf Tournier-Salès F. « La commission départementale de conciliation des baux commerciaux », *vie des commissions*, 25 millions de Propriétaires, Février 2014, p.33

⁶⁷⁰ Décret n°88-694 du 9 mai 1988 relatif aux commissions départementales de conciliation en matière de baux d’immeubles ou locaux à usage commercial, industriel ou artisanal - article 1

⁶⁷¹ Blatter J.-P., « Saisine facultative de la commission de conciliation », *AJDI* 2010, 633

155. Une efficacité incertaine. – Le but de la commission, à l’origine, est d’envisager une solution alternative au recours, trop souvent systématique, à la voie judiciaire. Pourtant, son manque d’efficacité est assez rapidement relevé : le fait que la commission n’aboutisse que trop rarement à une solution positive, avait conduit à remettre en cause la nécessité de son existence. Sa suppression fut même un temps envisagée ou, tout du moins, proposée⁶⁷².

De plus, la commission devant se prononcer dans un délai de trois mois après sa saisie par une des parties, tant que celle-ci n’avait pas émis d’avis le juge, postérieurement saisi, ne pouvait statuer sur l’affaire. On devait ainsi attendre l’écoulement du délai de trois mois, avant de pouvoir recourir à la voie juridictionnelle, au regard de son inefficacité. Les délais n’étaient donc réduits d’aucune manière...

Signalons, pour donner des chiffres, qu’en 2014, en Haute-Garonne, 80% des saisines de la commission étaient effectuées par des bailleurs⁶⁷³. Le fait que les locataires n’y aient quasiment jamais recours traduit peut-être, à lui seul, la défiance des parties à son égard. Monsieur Monéger souligne que, dans les faits, au vu des enjeux économiques que présentent la plupart de ces litiges, *« ce n'est que lorsque le dossier est peu favorable aux prétentions de l'une ou de l'autre des parties que cette partie espère trouver une reconnaissance de droits dont la certitude s'avère hypothétique. Alors, la quasi-certitude de perdre devant le juge incite à solliciter l'intervention de la commission départementale de conciliation »*⁶⁷⁴. Cela signifie qu’une partie n’a généralement recours à la commission que lorsqu’elle n’a plus rien à perdre.

156. Extension de compétence par la loi Pinel. – Pourtant, loin d’avoir été supprimée par la loi Pinel de 2014, la commission n’a pas cessé d’exister. En effet, le projet de loi relatif à l’artisanat au commerce et aux très petites entreprises, présenté en août 2013 par le Gouvernement⁶⁷⁵, proposa, dans un premier temps, de renforcer le rôle de la commission, en étendant sa compétence à d’autres domaines touchant au loyer du bail commercial afin, à nouveau, de promouvoir la voie de la médiation en matière de bail commercial.

⁶⁷² Mesure proposée par le Conseil de la simplification pour les entreprises (avril 2014), cf <http://simplification.modernisation.gouv.fr/mesures/entreprises/exercer-son-activite/ameliorer-le-fonctionnement-de-la-commission-departementale-de-conciliation-des-baux-commerciaux/>

⁶⁷³ cf Tournier-Salès F., *ibidem*

⁶⁷⁴ Monéger J., *ibidem*

⁶⁷⁵ Projet de loi relatif à l’artisanat au commerce et aux très petites entreprises, présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT, Premier ministre, par Mme Sylvia PINEL, ministre de l’artisanat, du commerce et du tourisme, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1338.asp>

C'est bien ce qui a été réalisé par la suite puisque la loi Pinel étend le champ de compétence de la commission en lui permettant de statuer, en plus des questions relatives au déplaçonnement du loyer, sur les questions propres au montant, au paiement et à la répartition des charges et impôts, ainsi qu'à la répartition et à la réalisation des travaux.

157. Un renforcement dépourvu de caractère impératif. – Le législateur fait un choix qui mérite d'être relevé. Il modifie en effet l'article L. 145-32 du code de commerce : désormais, selon l'article, « *les litiges nés de l'application des articles L. 145-34 et L. 145-38 ainsi que ceux relatifs aux charges et aux travaux peuvent être soumis à une commission départementale de conciliation composée de bailleurs et de locataires en nombre égal et de personnes qualifiées. La commission s'efforce de concilier les parties et rend un avis* »⁶⁷⁶.

Ainsi, on comprend que la loi du 18 juin 2014 prend, d'un côté, le parti de renforcer le rôle de la commission départementale mais, de l'autre, continue de n'en faire qu'un mode de résolution facultatif et non obligatoire avant la saisine du juge.

Il s'agit en réalité d'une simple reprise de la jurisprudence applicable à la saisine de la commission, ce qui a valu à certains de dire que le législateur faisait « du neuf avec du vieux », pour ce qui est de l'extension de la compétence de la commission. La critique d'un tel choix se comprend, d'autant plus, au regard des résultats de celui-ci quelques années après l'entrée en vigueur de la loi Pinel : en 2016, soit deux ans après l'adoption de la loi, à titre d'exemple on constatait que « *la commission de Lyon (...) n'a eu aucune saisine sur ce second pôle de compétence* »⁶⁷⁷.

Suite aux critiques, et aux incompréhensions, qu'ont suscité ce choix, le législateur n'a cependant pas souhaité profiter des ajustements opérés, par la suite, au « nouveau » statut des baux commerciaux résultant de la loi Pinel, à savoir notamment du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015⁶⁷⁸ ou de loi Macron du 6 août 2015⁶⁷⁹.

158. Justification par le coût d'une véritable obligation – Nous notons une différence étonnante avec la compétence d'une telle commission s'agissant des baux d'habitation, voire

⁶⁷⁶ C. com., Art. L. 145-35, modifié par loi n°2014-626 du 18 juin 2014 - art. 10

⁶⁷⁷ Moneger J., *ibidem*

⁶⁷⁸ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, ORF n°0062 du 14 mars 2015 page 4851, texte n° 16

⁶⁷⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537, texte n° 1

des baux mixtes. Dans ces deux droits spéciaux, n'est pas prévue une compétence facultative, comme pour les baux commerciaux, mais bien une compétence exclusive. Comment justifier le caractère facultatif de la commission pour les baux commerciaux ?

Monsieur Monéger semble trouver la réponse à cette question dans le coût que pourrait représenter le réel renforcement de la commission qui nécessiterait le recrutement de nombreux conciliateurs pour siéger au sein de celle-ci⁶⁸⁰. Au-delà de cela, la manière dont a été étendue la compétence de la commission traduit, selon lui, ce que « *la science légistique regrettera longtemps* », c'est-à-dire « *l'absence d'étude d'impact, de préparation et de maîtrise des débats, en commission ou en séance parlementaire* ».

b- La mise à l'écart du juge par les différentes techniques contractuelles : retour de la liberté contractuelle

α - La libre mise à l'écart du juge par les parties

159. Motivations et intérêts des parties. – Ce qui va inciter les parties à chercher, à tout prix, à ne jamais avoir affaire au juge, même en cas de contentieux, est à n'en pas douter la peur que le juge puisse modifier tout ou partie des stipulations contractuelles, en ne respectant pas la volonté initiale des parties, en dépit donc de la liberté contractuelle. C'est cette crainte, cette méfiance, qui va inciter bailleurs et locataires, seuls ou conseillés par des professionnels du droit, à envisager les voies extra-judiciaires, et ce dès la phase précontractuelle.

Dans cette optique, ce n'est plus au législateur ou au juge qu'il appartiendra de maintenir l'équilibre, mais bel et bien au(x) rédacteur(s) du bail commercial. A ce stade de la relation contractuelle, c'est-à-dire lors de la rédaction, il ne s'agit pas, comme lorsque survient un litige, de chercher nécessairement qui est fautif, ou qui doit quelque chose à l'autre, mais de faire en sorte, qu'en cas d'imprévu dans la relation, l'équilibre pourra être rétabli et ce, si possible, en trouvant une solution favorable aux deux parties.

160. Promotion récente du mode de résolution extra-judiciaire. – Nous venons de constater, à travers la promotion du mode extra-judiciaire menée par le législateur dans les dernières réformes⁶⁸¹, que désormais la loi, plus que d'autoriser les parties, semble leur conseiller de recourir à la solution amiable. Cela se comprend, notamment lorsque les parties

⁶⁸⁰ Moneger J., *ibidem*

⁶⁸¹ *Supra* n° 153

sont en présence d'un contrat qui va créer entre elles une relation de longue, voire de très longue durée, comme c'est le cas pour les baux commerciaux.

Cela se comprend d'autant plus lorsque l'on sait que le choix du mode de résolution amiable des conflits sera pratiquement toujours une solution moins onéreuse pour les parties que l'autre solution consistant à se « laisser porter » devant le juge. Celle-ci conduirait au paiement de frais de justices, et tout autre frais de conseil, par exemple les frais d'avocats engendrés par la rédaction d'un mémoire ou de conclusions écrites, et bien sûr à la solution aléatoire que représente une décision de justice.

161. Mode de résolution boudé par la pratique. – Il a toujours été licite de prévoir, au sein du contrat de bail commercial, une clause prévoyant que les parties régleront leur contentieux autrement que judiciairement. Cette possibilité d'éviction, certes limitée, est pourtant la règle⁶⁸². Ainsi, parmi les modes extra-judiciaires qu'il est possible de prévoir au contrat, on pense évidemment à l'arbitrage et à la clause compromissoire ou à la conciliation ou à la médiation. Toutefois de telles méthodes ont toujours été sous-exploitées par la pratique des baux commerciaux.

162. Réticences justifiées par un certain désir, passé, de judiciarisation. – La raison de cet illogisme est sans doute à trouver dans l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation, relative aux modes alternatifs pour de tels contrats. Plus précisément, il est une règle, posée par le juge et fondée sur l'article 2061 du code civil⁶⁸³, dans son ancienne version en vigueur du 16 mai 2001 au 20 novembre 2016, selon laquelle « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

Cet article concerne la clause compromissoire, l'arbitrage, et c'est en vertu de celui-ci que la Cour de cassation avait limité son admissibilité en matière de bail commercial.

Dans un premier temps, par une décision de sa deuxième chambre civile, la Cour de cassation avait, par simple application de l'article 2061, rappelé « *la nécessité de la conclusion du contrat* ».

⁶⁸² Moneger J., *ibidem*

⁶⁸³ La rédaction de l'article a été modifiée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 1. Désormais l'article est rédigé comme suit : « *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ».

en raison d'une activité professionnelle »⁶⁸⁴. Puis, dans un second temps, de manière encore plus rigoureuse, la Cour précisait que les deux parties au contrat devaient être intéressées par ladite activité professionnelle : si l'une des parties n'est pas un professionnel, et que seulement l'autre exerce l'activité professionnelle, la clause compromissoire est nulle et de nul effet.⁶⁸⁵

Dès lors, en l'application d'une telle jurisprudence, bailleurs et locataires ne peuvent prévoir à l'avance, par le jeu de la clause, la mise en place future d'un arbitrage en cas de litige. Les parties ne pourront donc avoir recours à l'arbitrage qu'une fois le litige intervenu : ce n'est pas forcément le meilleur contexte ou les meilleures conditions pour se mettre d'accord, paisiblement, sur le principe de la voie extra-judiciaire...

Le législateur et juge, conjointement, ont pendant longtemps semblé, implicitement, vouloir faire de la voie judiciaire le seul mode de résolution admis, pour les baux commerciaux. Le point de vue du juge, dans cette jurisprudence, nous apparaît toutefois très rigoureux et contestable, l'article 2061 ne parlant pas de « commerçants » mais de « professionnels ». La pertinence de se fonder sur cet article est donc contestable.

Sur la notion d'activité professionnelle, vue sous le prisme du bail commercial, des auteurs⁶⁸⁶ rappellent que la condition est respectée lorsque le bailleur se trouve être une société commerciale, une société foncière, ou une société civile dont l'objet social correspond à la pratique et la conclusion de baux commerciaux. Dans de pareilles situations, le bailleur exercerait en effet une activité professionnelle et, puisque le locataire le plus souvent loue son local pour y exercer une activité commerciale, les deux parties se trouveraient donc respecter l'article 2061.

Précisons qu'un tel point de vue constitue une approche « restrictive » et que d'autres auteurs, comme Monsieur Monéger, ont une conception extensive de la condition posée par l'article 2061 du code civil. Selon celle-ci, il serait possible, dans tous les cas, de prouver l'activité professionnelle au regard de l'objet de la convention. Ainsi, comme exprimé dans les lignes précédentes, le bail commercial permettant par nature l'exploitation d'une activité commerciale dans un local, il est dès lors conclu pour une activité professionnelle. Et dans ce cas, la condition est remplie.

⁶⁸⁴ Cass. civ. 2^e, 16 juin 2011, pourvoi n° 10-22.780, Bull. 2011, II, n° 133

⁶⁸⁵ Cass. civ. 1^e, 29 février 2012, pourvoi n° 11-12782, Bull. 2012, I, n° 40

⁶⁸⁶ Dumur J.-P., « L'éviction du juge par le contrat : les techniques contractuelles alternatives de règlement des différends », AJDI 2016, 180

163. Multitude de techniques autorisées. – Dans l'étude des modes extra-judiciaires, soulignons que la Cour de cassation a été moins hostile à l'égard de la clause de conciliation⁶⁸⁷, ou de la clause de médiation, qu'à l'égard de la clause compromissoire. En effet, en présence d'une telle clause, par application d'une jurisprudence constante, le juge se contente d'appliquer strictement les modalités prévues par les parties, ou de constater leur non-application préalable avant la saisine du juge⁶⁸⁸.

Monsieur Dumur rappelle à ce titre que, depuis longtemps, les techniques alternatives de règlement des différends sont admises en jurisprudence en matière de bail commercial⁶⁸⁹. L'auteur dégage d'ailleurs trois grands principes en la matière. Le premier principe est qu'un mode préliminaire de résolution extra-judiciaire peut être imposé par le contrat avant le recours au juge. Le second est qu'en cas de non-respect de cette prévision contractuelle, la procédure judiciaire doit être déclarée irrecevable. Enfin, dernier principe, jusqu'à l'issue de ce mode de résolution, la prescription applicable est suspendue⁶⁹⁰.

Une limite existe cependant, puisqu'en matière de fixation du loyer du bail renouvelé ou révisé, rappelons qu'en vertu de l'article R. 145-23 du code de commerce, le litige doit en principe toujours être porté « *devant le président du tribunal de grande instance ou le juge qui le remplace* ». Toutefois, nous pourrions tempérer cette limite en signalant que cet article n'est pas mentionné comme étant d'ordre public, et n'est pas énuméré par l'article L. 145-15 du code de commerce. Mais réaffirmons que la déduction du caractère supplétif d'un texte ne présente aucune certitude en matière de bail commercial⁶⁹¹.

164. Malgré la possibilité de faire appel à d'autres modes de résolution des litiges, les parties n'envisagent que très rarement en amont le mode extra-judiciaire, dans le contenu du contrat de bail commercial. Pourtant les autres modes de résolution des litiges présentent certains intérêts. Il s'agirait donc, à l'avenir, d'en favoriser le recours⁶⁹².

⁶⁸⁷ cf Clay T., « Le modèle pour éviter le procès, Code civil et modèles. Des modèles au Code et du Code comme modèle », LGDJ, 2005. 51

⁶⁸⁸ Cass. ch. mixte, 12 décembre 2014, pourvoi n°13-19.684, Bull. 2014, Chambre mixte, n° 3 ; Cass. ch. mixte, 14 février 2003, pourvoi n°00-19.423, Bull. 2003 ; Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.575, Bull. 2010, II, n° 212

⁶⁸⁹ Dumur J.-P., *ibidem*

⁶⁹⁰ Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, Bull. civ. I

⁶⁹¹ *Supra* n° 56

⁶⁹² Jacquin A. citant la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, in « Pourquoi pas l'arbitrage comme solution aux litiges en matière de bail commercial », GP n° 40, 2017, p. 53

β - La possibilité de faire appel à d'autres modes de résolution de manière conventionnelle

165. Il s'agit, ici, de présenter l'intérêt de ces modes de résolution dans la pratique des baux commerciaux, vantés depuis de nombreuses années par des travaux et rapports, tel que le rapport Magendie « *pour la qualité de la justice* »⁶⁹³, ou le rapport Guinchard pour la « *justice apaisée* »⁶⁹⁴. Il s'agirait pour le bail commercial d'un « *véritable facteur de paix sociale* »⁶⁹⁵.

Nous avons déjà évoqué la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Il s'agit, désormais, seulement d'en présenter les intérêts respectifs de manière claire, simple et succincte. Précisons également que seuls les modes de résolution conventionnels seront abordés.

166. La conciliation. – Celle-ci sous-entend l'intervention d'un tiers, d'un conciliateur de justice tel que prévu par les articles 1530 et suivants du code de procédure civile. Aux termes de ces articles, ce tiers doit agir avec impartialité, compétence et diligence. Il est également, et ce qui convaincra les parties soucieuses de régler leur litige sans que celui-ci ne soit rendu public, soumis au devoir de confidentialité. Sorte de solution intermédiaires entre la voie amiable et la voie judiciaire, la conciliation doit offrir aux parties le moyen de résoudre le litige, en confiant au conciliateur une mission dont les conditions sont posées par le code de procédure civile. En cas d'accord trouvé, celui-ci devra être homologué par le juge, ce qui lui donnera force exécutoire.

167. La médiation. – Selon Madame Lassner, Magistrat honoraire, « *en matière de bail commercial, la médiation est souvent une solution adaptée et efficace pour résoudre les litiges entre bailleur et preneur* »⁶⁹⁶. Contrairement à la conciliation, ici, aucun juge n'intervient que ce soit au cours de la médiation, ou en fin. Les parties désigneront ensemble un tiers qui, tout comme le conciliateur, agira avec impartialité, compétence et diligence, et qui pourra intervenir sur tout type de différend, exception faite des situations où les règles particulières imposeraient l'intervention d'une juridiction précise.

Le médiateur n'essaiera pas de désigner un fautif mais utilisera une philosophie beaucoup plus équilibrée dans la mesure où il commencera sa mission avec l'idée que les prétentions

⁶⁹³ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_magendie_20080625.pdf

⁶⁹⁴ <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/commission-sur-la-repartition-des-contentieux-15546.html>

⁶⁹⁵ Vercken H., « La procédure participative adaptée aux conflits relatifs aux baux et loyers commerciaux », RLDA n° 83, 2013

⁶⁹⁶ Lassner M., « Médiation bailleur-preneur », RDL n°950, octobre, p.403

respectives des deux parties sont compréhensibles. Au vu de leurs intérêts respectifs, aucune des deux parties ne sera présumée illégitime dans sa demande. La discussion est au cœur de la médiation, et doit leur permettre de s'écouter, de comprendre les difficultés de leur co-contractant, afin de trouver ensemble une solution équilibrée. Cette manière de procéder est en effet très compatible avec la relation longue qui unit le bailleur et son locataire, et qui nécessite, tout au long de la vie de leur contrat, la multiplication des échanges notamment à l'occasion de plusieurs dates clefs : les échanges sont importants lors du renouvellement du contrat, de la révision du loyer ou des charges, et lorsqu'il apparaît que des travaux doivent être réalisés.

La médiation permet également d'éviter la multiplication des nombreuses idées reçues et préjugés qui poussent, régulièrement, locataire comme bailleur à mal interpréter la demande de l'autre partie. Dans les faits, le locataire qui recevra un congé, acte pourtant anodin et imposé par la loi au bailleur, pensera souvent que le propriétaire envisage des suites négatives lui étant préjudiciables. De son côté, le bailleur recevra la demande de renouvellement du locataire, et l'interprétera comme ce qu'elle n'est pas, à savoir comme un moyen de pression, voire une potentielle menace. La pratique montre pourtant, dans ce deuxième cas de figure, que l'initiative du locataire est souvent pertinente, tant on connaît les différences de régime entre un bail renouvelé, un bail prolongé, ou un bail prorogé, ainsi que les conséquences néfastes de l'écoulement du temps sur certains aspects.

Les parties oublient parfois que le bail commercial est strictement encadré, et que des procédures doivent être respectées tout au long de la relation contractuelle. Une partie qui s'intéresse au congé ou au renouvellement n'est pas un « empêcheur de tourner en rond » mais est, bien souvent, simplement désireuse d'assainir la relation contractuelle. Dès lors, on comprend pourquoi, plus que tout autre contrat, le bail commercial peut être source de conflits : malheureusement, un conflit entraînant souvent un autre, dans ce contexte la voie judiciaire est par voie de conséquence souvent inévitable. La médiation apparaît comme un moyen d'éviter « l'escalade », dès l'apparition des premières divergences de point de vue.

Outre le cadre purement confidentiel de la médiation, l'intérêt de ce mode de résolution reste l'arrêt de la prescription au jour où le médiateur intervient. La prescription recommence à courir en fin de médiation. En vertu des articles 1565 et suivants du code de procédure civile, l'accord de médiation peut lui aussi obtenir force exécutoire. La médiation est également réputée rapide et de faible coût.

Encore faut-il, évidemment, que les parties soient désireuses de mettre un terme au conflit, ou de trouver une solution. Il s'agit donc pour les parties de rechercher un accord « gagnant-gagnant » par lequel, par exemple, un déplaçonnement du loyer ne sera pas forcément dicté par les seuls intérêts du bailleur mais sera, de manière équilibrée toujours, à la fois « *supportable pour le preneur et acceptable pour le bailleur, ce qui est strictement impossible sur le plan judiciaire* »⁶⁹⁷.

Certains auteurs⁶⁹⁸ ont récemment pu relever qu'en matière de bail commercial, et même si ce mode de résolution est pour le moment boudé en province, la médiation a depuis quelques années obtenu un regain d'intérêt en région parisienne pour les contentieux ayant pour objet la fixation du loyer. Néanmoins, les chiffres montrent que les issues sont rarement positives. Sur la région parisienne, Monsieur Vercken relevait, en 2014, « *142 médiations qui ont abouti à un accord dans 81 % des cas, pour un coût moyen de 1 600 € et en trois mois* »⁶⁹⁹. Ces chiffres apparaissent toutefois tout à fait honorables.

168. L'arbitrage. – Revenons à l'arbitrage, ce mode de résolution pour lequel la doctrine s'est toujours montrée favorable⁷⁰⁰, malgré la restriction apportée par l'ancien article 2061 du code civil, expliquée précédemment⁷⁰¹ et restreignant pareille pratique aux activités professionnelles.

Monsieur Jacquin s'était très récemment penché sur l'application de l'arbitrage à la pratique des baux commerciaux en titrant : « *Pourquoi pas l'arbitrage comme solution aux litiges en matière de bail commercial ?* »⁷⁰². L'auteur rappelant les délais infiniment longs de la procédure judiciaire classique, au regard du droit du justiciable au « délai raisonnable », présentait les avantages nombreux que présentait l'arbitrage. En effet celui-ci, très ou trop peu utilisé, offre pourtant des délais favorables, en comparaison avec les délais judiciaires rencontrés par exemple en matière de fixation de loyer de renouvellement, ou de fixation d'indemnité d'éviction.

⁶⁹⁷ Lassner M., *ibidem*

⁶⁹⁸ Dumur J.-P., *ibidem*

⁶⁹⁹ Vercken H. « Les modes amiables de résolution des différends adaptés aux contentieux des baux et loyers commerciaux », AJDI 2018, p. 265

⁷⁰⁰ Blatter J.-P., « Liberté contractuelle dans la rédaction des baux commerciaux et modes alternatifs de règlement des conflits », AJDI 2003, p.921

⁷⁰¹ *Supra* n° 162

⁷⁰² Jacquin A., *ibidem*

Dans les deux cas, la procédure judiciaire nécessite toujours le recours préalable à l'expert : il y a donc toujours une phase préliminaire. Ce qui porte le délai de résolution judiciaire du litige, auquel les parties peuvent raisonnablement s'attendre, à deux années en cas de simple première instance, et à plus de deux années supplémentaires en cas d'appel, soit au total un délai qui sera toujours supérieur à cinq ans. Pour montrer à quel point ce délai est impressionnant Monsieur Jacquin rappelle que « *le monde des affaires dans lequel s'inscrivent les baux commerciaux, a besoin de sécurité mais aussi, aujourd'hui plus que jamais, de rapidité* ». C'est donc une certitude selon lui : « *en matière de bail commercial (...) la résolution rapide du litige est une nécessité absolue* »⁷⁰³.

En outre, ce mode de résolution offre des avantages aux deux parties que sont le bailleur et le preneur. Les intérêts étant totalement partagés, selon nous, elle pourrait être source d'équilibre dans la résolution du litige. La solution présente, d'un côté, l'intérêt indéniable pour le locataire de voir celui-ci résolu le plus rapidement possible pour la fixation du loyer : cela lui permettra de ne pas avoir à subir d'arriéré trop important dans le cas où il ne serait pas bénéficiaire du droit au lissage du déplafonnement du loyer.

D'un autre côté, l'intérêt est également réel pour le bailleur pour la fixation de l'indemnité d'éviction, en cas de non renouvellement du bail commercial : en effet, le choix du bailleur, d'accepter de payer une indemnité d'éviction ou de préférer voir le bail se renouveler, dépend, de manière purement stratégique, principalement du contexte économique auquel est confronté le bailleur.

Pour ce qui est de la comptabilité de l'arbitrage avec le statut, rappelons que ce mode de résolution ne concernera que les litiges portant sur les loyers de renouvellement, et sur l'éventuelle indemnité d'éviction, car le statut impose la voie judiciaire pour les règles d'ordre public. Pour ce qui est du risque d'impartialité qui pourrait effrayer les parties, cela ne pose pourtant aucun problème car en vertu de l'article 1456 alinéa 2 du code de procédure civile, « *il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* ».

⁷⁰³ Ibidem

Autant d'avantages qui font dire aux auteurs que, « *s'agissant des litiges revêtant un aspect technique certain à la frontière du chiffre et du droit, l'arbitrage y trouve toute légitimité* »⁷⁰⁴.

169. Le mandat d'intérêt commun. – Par cet autre mode de résolution, les parties choisiront de faire appel à un tiers, un expert, lorsqu'il s'agira de déterminer le prix d'une transaction. Ce mode de résolution, prévu à l'article 1592 du code civil, a été, de jurisprudence constante, considéré applicable au contentieux portant sur le loyer des baux commerciaux⁷⁰⁵.

Il est cependant obligatoire, et là se trouve la principale différence avec la technique de l'arbitrage, que l'expert intervienne uniquement pour fixer un montant non défini au préalable par les parties, et uniquement lorsque le litige n'est pas encore né. Il s'agit en fait du simple prolongement de la règle selon laquelle les parties sont libres de fixer le loyer comme elles l'entendent.

Deux remarques doivent être faites sur le mandat d'intérêt commun. En premier lieu, celui-ci offre une résolution rapide, certes, mais le respect du contradictoire n'est présent d'aucune manière dans ce processus. En second lieu, les parties chargent le mandataire de fixer un loyer : c'est-à-dire qu'il le fixe, et que celui-ci s'impose aux parties. En ce sens, la conciliation ou la médiation semblent offrir plus de possibilité d'échanges et de dialogue aux parties.

170. La procédure participative. – Enfin, il était très important d'aborder une solution qui est de plus en plus préconisée par les avocats et autres praticiens : il s'agit de la procédure participative. Celle-ci apparaît dans le troisième livre du code civil, au dix-septième titre nommé « *de la convention de procédure participative* », et figure à l'article 2238 du code civil. Elle offre l'avantage de suspendre la prescription, et impose l'assistance d'un avocat, dans la mesure où ce sont les conseils des parties qui doivent rédiger la convention fixant les conditions dans lesquelles l'accord devra être trouvé. Pendant la durée fixée par ladite convention tout recours au juge sera irrecevable. En revanche, des mesures conservatoires ou provisoires pourront tout de même être demandées.

Selon certains praticiens, « *plus qu'une procédure, c'est un processus garantissant, par des règles strictes mais acceptées, conformes aux règles du procès équitable, un équilibre dans les droits de chacun et permettant aux parties de se réapproprier leur différend* »⁷⁰⁶. De plus, celle-

⁷⁰⁴ Jacquin A., *ibidem*

⁷⁰⁵ Cass. com. 8 mai 1961, Bull. civ. III, n° 192 (Arrêt de rejet)

⁷⁰⁶ Vercken H. « La procédure participative adaptée aux conflits relatifs aux baux et loyers commerciaux », RLDA n°83, 2013

ci serait particulièrement adaptée aux baux commerciaux, dans la mesure où la matière, que tout le monde s'accorde à qualifier de très complexe, présente de nombreuses difficultés eu égard aux différentes règles et aux différents délais qu'offre le statut.

Nous l'avons rappelé précédemment⁷⁰⁷, pour une simple question relative au loyer, la saisine préalable de la juridiction, la rédaction d'un mémoire, la nomination d'un expert, la nouvelle saisine du juge des loyers, l'attente d'une nouvelle convocation, entre autres, imposent aux parties qui optent pour la voie judiciaire des délais souvent colossaux. Cela est, non seulement long, mais également très coûteux. Or, opter pour la voie participative c'est opter pour un expert unique et donc, indirectement, pour une unique rémunération et des délais raccourcis.

Le contexte est le suivant. Bien qu'en désaccord sur un montant, bailleur et locataire s'accordent tout de même à dire qu'ils ont tout un bel intérêt commun : cet intérêt est, d'une part, le temps et, d'autre part, et l'économie de leur contrat. Dès lors, il est plus qu'intéressant pour les parties de régler leur différend le plus rapidement possible.

Une fois le rapport d'expert établi, le bailleur et le locataire peuvent accepter collégalement la décision proposée, ou choisir de s'en remettre au juge qui tranchera sur le socle de négociation que constitue la phase participative. En effet, celle-ci présente un intérêt pour le juge également puisque, dans la mesure où l'expert aura procédé de manière indépendante, en respectant le code de procédure civile et le principe du contradictoire, elle sera « utilisable » judiciairement.

La procédure participative présente un autre intérêt : elle n'est pas uniquement applicable à la fixation du loyer. Elle peut en effet être tout à fait pertinente pour les questions relatives à la répartition des charges et travaux. Les parties peuvent également y avoir recours pour la détermination de l'indemnité d'éviction, dans le cas du refus de renouvellement par le bailleur.

171. Des méthodes à promouvoir. – Pour conclure, il nous apparaît fort judicieux, à l'avenir, de promouvoir ces modes de résolution pour les baux commerciaux et ce, notamment, au vu de tous les principes légaux et jurisprudentiels présentés dans cette partie. De manière plus générale, il s'agit de reconnaître que le bail commercial est un contrat qui se conjugue toujours très mal avec la voie conflictuelle.

⁷⁰⁷ Supra n° 120 et s.

Lorsque les parties auront pris le soin d'insérer une clause dans le bail commercial, prévoyant l'obligation de passer par une de ces voies avant de former une demande devant le juge, le non-respect de ce processus rendra ce type de demande irrecevable. Il est important de rappeler qu'en cas de non-respect, il sera impossible de régulariser par la suite : en application de l'article 126 du code de procédure civile, aucune régularisation n'est possible, que ce soit en cours d'instance ou en appel⁷⁰⁸. C'est ce qui a récemment été rappelé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 6 octobre 2016⁷⁰⁹.

Dans tous les cas, liés par un contrat à très longue durée, par définition amené à se renouveler, pour le bailleur et le preneur, opter pour une voie extra-judiciaire c'est comprendre qu'il est avant tout vital de penser au temps, et aux frais, que représentent le recours systématique au juge. Désormais, ce sera peut-être, également, choisir de mettre son bail commercial à l'abri d'un nouveau danger : l'immixtion du juge dans le contenu du contrat.

B) La place du juge dans la dernière réforme du droit des contrats : immixtion dans le contenu du contrat

172. C'est avec la place du juge que nous commençons, dans cette thèse, à traiter véritablement de l'impact de la réforme du droit des contrats de 2016 sur la pratique des baux commerciaux. Celle-ci, « *entérinée par voie d'ordonnance le 10 février 2016, innove... et intrigue. Si certaines notions phares restent inchangées, la révision des contrats quant à elle, est amenée à évoluer* »⁷¹⁰. C'est précisément la possibilité du juge de réviser le contrat qui a pu créer de nombreuses incertitudes chez les praticiens, incertitudes qui n'ont pas été effacées par la ratification, en 2018, de cette réforme.

Certains praticiens ont par exemple mis en avant l'insécurité et l'inefficacité de cette réforme. Selon eux, « *dans cette économie trop administrée, un domaine demeurait relativement épargné par l'interventionnisme : le droit commun des contrats* »⁷¹¹. Avant cette « atteinte » historique au droit des contrats, on considérait que l'équilibre du droit des contrats français correspondait à la savante équation entre liberté contractuelle d'une part, force obligatoire d'autre part et, enfin, particularisme français, à savoir la « *neutralité du juge et de l'office* ». Voilà comment l'équilibre du contrat semblait maintenu.

⁷⁰⁸ Barbier H., note sous Cass., ch. mixte, 12 déc. 2014, pourvoi n° 13-19.684, RTD civ. 2015. 131

⁷⁰⁹ Cass. civ. 3^e, 6 oct. 2016, pourvoi n° 15-17.989, publié au Bulletin

⁷¹⁰ Archambault L., « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? », GP n° 18, 2017

⁷¹¹ Vogel J., « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », AJC 2017, p.470

L'ordonnance de 2016 bouleverserait donc cet équilibre dans la mesure où le juge verrait son rôle renforcé (1). En effet, il bénéficierait désormais d'une porte d'entrée directe dans le contenu même du contrat, devenant ainsi la troisième partie dans le rapport contractuel⁷¹², et cela en vue d'assurer sécurité juridique et efficacité économique.

Notons que certains auteurs, pour expliquer ce renforcement, mettent en avant la place du juge lui-même dans l'élaboration de la réforme⁷¹³. En effet, ils soulignent que ce sont les magistrats du ministère de la justice qui ont fait en sorte que le contenu de la réforme soit principalement constitué du droit émanant de la jurisprudence. Ainsi, le juge aurait, de manière indirecte, lui-même pris la casquette de législateur, ce dernier ayant pour objectif de simplifier et rendre accessible au justiciable le droit constant.

Toutefois, les années 2017 et 2018 semblant traduire certains remords, le législateur a souhaité un temps reprendre la casquette de législateur en réfléchissant à la réforme de sa propre réforme (2).

1- Le renforcement de la place du juge dans le droit commun des contrats

173. Le législateur ayant choisi de judicialiser le contrat (a), il est fort possible que le renforcement de la place du juge ait des conséquences dans la pratique des baux commerciaux (b).

a- Le choix idéologique du législateur : la judiciarisation contractuelle

α- De nouveaux mécanismes à la disposition du juge pour rééquilibrer le contrat

174. *« Le pouvoir ainsi octroyé au juge disposant d'une marge de manœuvre considérable ne va-t-il pas à l'encontre de la sécurité juridique et de l'efficacité économique également prônées par les rédacteurs de l'ordonnance ? »*⁷¹⁴. Cette citation est celle de Monsieur Mekki. Selon lui, *« il est clair que cette réforme s'inscrit dans une évolution »*, celle-ci conduisant à limiter la liberté contractuelle des parties.

⁷¹² Vogel L., « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJC 2016, p. 309

⁷¹³ Meunier G., « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », LPA n° 261, 2016, p. 3

Bourassin M., « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », LPA n° 261, 2016, p.9

⁷¹⁴ Mekki M., « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », GP n°17, 2016

175. Renforcement de contrôle du contenu du contrat. – Précisons tout de suite qu’il ne s’agit pas, à ce stade de l’étude, de présenter en détail la réforme du droit des contrats, et toutes les nouveautés par lesquelles le juge verrait effectivement son rôle renforcé. Il s’agit évidemment d’envisager de manière très succincte ces différents mécanismes, qui seront étudiés plus tard tout au long de la thèse, pour s’attarder théoriquement sur le rôle du juge en leur sein. La thèse ne passera évidemment pas à côté de l’appréciation des clauses abusives, de l’abus de dépendance, et du « *frémissement* »⁷¹⁵ provoqué par l’imprévision, et des différentes actions individuelles offertes au contractant.

Ce qui nous intéresse ici c’est le « *renforcement du contrôle du contenu et des effets du contrat* »⁷¹⁶. En effet, s’il fut un temps où l’appel à la judiciarisation du droit des contrats trouvait un certain écho⁷¹⁷, le juge, désormais, ne serait plus uniquement porte-parole des choix idéologiques du législateur, mais deviendrait également co-auteur de la loi.

Le contenu de la réforme serait fortement inspiré de ce qui se faisait déjà dans la pratique, et de qui était déjà décidé en jurisprudence. La nouveauté et l’innovation ressortant des nouvelles règles de la réforme seraient ainsi à nuancer. Pourtant, nombreuses sont les nouvelles dispositions qui vont permettre au juge d’intervenir directement dans le contrat.

176. Le juge, interprète de la loi. – Par application de certaines de ces dispositions, le juge aura un réel rôle d’interprète de la loi. Cela peut paraître normal au fond dans la mesure où le juge dit le droit. Ce qui est plus surprenant, selon nous, c’est le fait de faire le choix de laisser au juge le soin de préciser le droit nouveau, et conséquemment de co-écrire la loi. A titre d’exemple, Monsieur Mazeaud relève que, pour la nouvelle notion d’état de dépendance⁷¹⁸ figurant à l’article 1143 du code civil⁷¹⁹, ce sera au juge d’apprécier si la violence contractuelle est caractérisée d’une part, si la dépendance dépasse la dépendance économique d’autre part, et enfin si la position dominante du contractant lui confère un avantage excessif : « *il exercera un*

⁷¹⁵ Cette expression on la doit à Savaux E., « Frémissement en matière d’imprévisions », RDC n° 1, 2011, p.34. L’occasion de souligner dans cette thèse que la Doctrine frémissait déjà pour ce qu’elle voyait venir de loin : la future place qui serait faite pour l’imprévision dans notre droit des contrats

⁷¹⁶ Mazeaud D., « La place du juge en droit des contrats », RDC n°02, 2016, p.353

⁷¹⁷ Roucoux D., « Réflexions sur le rôle du juge », LPA n° 92, 2008, p. 5

⁷¹⁸ Non pas la simple notion de dépendance économique qui existait déjà antérieurement à la réforme de 2016, et dont les critères d’appréciation avaient été dégagés par la Cour de cassation : cf Cass. com.,12 février 2013, pourvoi n°12-13603

⁷¹⁹ C. civ. Art. 1143 modifié par l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 : « Il y a également violence lorsqu’une partie, abusant de l’état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

*contrôle objectif sur le contenu du contrat, ce qui laisse à penser qu'en l'occurrence il s'agit moins d'un vice du consentement que d'un vice du contrat »*⁷²⁰.

Insérant dans le code civil à l'article 1171 du code civil⁷²¹ une règle inspirée du droit de la consommation, le législateur confère également au juge le soin de rechercher le déséquilibre significatif dans le contrat, afin de sanctionner certaines clauses par la règle du réputé non-écrit. Le champ d'application du déséquilibre significatif, non clairement édicté par le législateur comme pour d'autres nouvelles règles, devra être dégagé par le juge au moment de rendre sa décision.

177. Le nouveau pouvoir de révision du juge. – Mais la vraie judiciarisation du contrat, on la doit réellement à l'insertion de la théorie de l'imprévision dans le code civil, à l'article 1195 du code civil⁷²² par laquelle le juge se voit octroyer des pouvoirs considérables sans le moindre « garde-fou »⁷²³. Ce pouvoir, qui tout de même ne doit être exercé qu'à titre subsidiaire, serait avant tout dissuasif, puisque le juge peut désormais intervenir pour résilier ou modifier le contrat. Les critiques de la doctrine, des praticiens également, qui sont nombreuses, concernent tout particulièrement la possibilité de modifier le contrat. En effet, le juge est désormais doté d'un véritable « outil » lui permettant de « *rétablir l'équilibre d'un contrat, dont les conditions d'exécution ont été gravement modifiées, au détriment de l'une des parties, par la survenance d'événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat* »⁷²⁴.

Allant contre le principe d'intangibilité des conventions, cette possibilité pourrait cependant se comprendre dans la mesure où le contexte économique, la survenance d'éléments non prévus, bouleversent l'équilibre du contrat et imposent l'adaptabilité du contrat.

⁷²⁰ Mazeaud D., *ibidem*

⁷²¹ C. civ. Art. 1171, modifié par ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 ; et modifié par Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 7

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

⁷²² C. civ. Art. 1195, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

⁷²³ Chatain A., « Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », GP n° 41, 2016, p.12

⁷²⁴ Archambault L., *ibidem*

Notons tout de même, qu'en doctrine, certains auteurs voient en cette nouveauté la « *possibilité de révision, qui jouerait comme une « soupape de sécurité pour la partie en situation de faiblesse* »⁷²⁵. Mais les juges sont-ils eux-mêmes désireux d'assumer cette nouvelle fonction ? Comme le souligne Monsieur Stofferl-Munck, « *les juges ne semblent pas très désireux d'être chargés de refaire les contrats. Retraiter un contrat vif ferait peser sur les magistrats une responsabilité qu'ils ne sont guère formés pour assumer* »⁷²⁶.

β- De nouveaux standards juridiques à la disposition du juge dans son appréciation de l'équilibre : accroissement ou réduction de la faculté d'interprétation du juge ?

178. Des standards permettant l'interprétation de loi. – Le législateur confie donc bel et bien de nouveaux mécanismes au juge afin de permettre à ce dernier de rééquilibrer le contrat. Néanmoins, comme prévoyant par avance une intervention trop profonde dans le contrat, il les assortit de ce que l'on a pu appeler des « nouveaux standards juridiques ». Monsieur Néro définit ces standards, conceptualisés aux États-Unis, comme des outils, des termes insérés dans les articles, permettant « *d'assouplir une jurisprudence jugée trop mécanique* », et d'offrir « *au juge un véritable pouvoir normatif lui permettant de préciser la norme en fonction de chaque cas d'espèce* »⁷²⁷. Selon Madame Bourassin ces standards juridiques sont les garde-fous bordant la liberté d'interprétation judiciaire⁷²⁸.

A titre de premier exemple, on peut relever la « bonne foi », qui plus que simple standard a été érigée en véritable principe du droit des obligations. Reflet de la judiciarisation du contrat, elle semble offrir au juge un pouvoir d'appréciation allant au-delà d'une simple analyse de l'équilibre contractuel.

Le caractère « excessif » accompagnant la violence et l'état de dépendance, est également un nouveau standard. Il possède d'ailleurs un standard cousin qui est le « raisonnable » concernant de nombreuses nouvelles dispositions issues de la réforme de 2016 : il est en effet question de « *délai raisonnable* »⁷²⁹, de « *personne raisonnable* »⁷³⁰, de « *coûts raisonnables* »⁷³¹.

Comme pouvant potentiellement remplacer le concept de cause, peuvent également être mis en avant les deux nouveaux standards du « dérisoire » et de l'« illusoire » qui figurent désormais dans notre droit des contrats.

⁷²⁵ Molfessis N., « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G, 2015, 1415

⁷²⁶ Stofferl-Munck P., « La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision », AJCA n°262, 2015

⁷²⁷ Néro S., « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP G n° 38, 2011

⁷²⁸ Bourassin M., *ibidem*

⁷²⁹ C. civ. Art. 1116 et 1117, modifiés par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

⁷³⁰ C. civ. Art. 1197, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

⁷³¹ C. civ. Art. 1222, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Ce ne sont que quelques exemples. En effet, selon Madame Blanc les standards juridiques présents dans le droit des contrats antérieur au 1^{er} octobre 2016 étaient au nombre de neuf, et sont désormais quarante dans le nouveau droit des contrats. C'est bien, selon elle, au regard de ces standards qu'il est « *indéniable que l'ordonnance accroît et renforce le rôle du juge en matière contractuelle* » en lui offrant « *un nécessaire pouvoir d'interprétation* »⁷³².

179. Interprétation à relativiser. – Il existe cependant une sorte de « *superposition de standards* »⁷³³ qui va potentiellement diminuer la marge de manœuvre du juge dans son rôle d'interprète de la loi, d'autant plus que, parfois, la loi prend déjà soin de définir ces standards : il n'y a, dès lors, même plus à interpréter. De plus, la loi laisse également une certaine marge de manœuvre aux contractants, en enlevant ainsi indirectement une au juge, en leur permettant de restreindre son pouvoir d'interprétation et d'intervention.

C'est ce qu'on appelle le principe du « *complain or explain* »⁷³⁴ : les parties ont la possibilité, pour certains principes, de prévoir contractuellement ce qu'il faut entendre par « délai raisonnable », ou comment apprécier les « attentes légitimes », par exemple. Tout doit désormais être prévu par le contrat. Il nous tient à cœur de souligner que Monsieur Monéger annonçait déjà l'incorporation de cette façon anglo-saxonne de rédiger le contrat, au droit français, en janvier 2000. C'est ce que l'auteur appelait « *la grande peur du millénaire* »⁷³⁵, et qui correspondait à « *l'enfer de l'écriture* » par lequel « *les notaires et les avocats devront tout prévoir dans leur contrat* », « *la rédaction étant à la durée du bail ce que l'instant est au temps* ». L'auteur rappelait également, à cette occasion, que le droit commun des contrats avait une conséquence directe sur le droit des baux commerciaux. C'est effectivement ce que nous verrons par la suite⁷³⁶.

Pour en revenir à l'interprétation du juge, il est également à prévoir que celle-ci puisse être restreinte par l'interprétation du juge lui-même ou, plutôt, par l'ensemble des interprétations qui formera la jurisprudence applicable à ces standards⁷³⁷. « *En définitive, la place des juges*

⁷³² Blanc N., « Le juge et les standards juridiques », RDC n° 02, 2016, p. 394

⁷³³ Expression qu'elle emprunte à Juillet C. « Les standards juridiques en droit des sûretés », RDA. 2014, p.73

⁷³⁴ Mekki M., « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe "comply or explain" », GP n° 1, p 18.

⁷³⁵ Monéger J., « La grande peur du millénaire », Loyers et copr. n° 1, 2000, 100000

⁷³⁶ Infra n° 371

⁷³⁷ Aynès L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? » : RDC 2016, hors-série, p. 14 et s.

*dans le nouveau droit des contrats dépendra, comme par le passé, d'un subtil dialogue entre les trois principales sources de la matière, que sont la loi, la jurisprudence et la pratique »*⁷³⁸.

b- L'effet de ces nouveaux principes sur la pratique des baux commerciaux

180. Une retombée immédiate. – Signalons d'abord que la réforme de 2016, et tous les nouveaux principes et standards la composant, ont vocation à influencer non seulement les contrats conclus à partir de son entrée en vigueur, mais d'une certaine manière également les anciens contrats, puisque l'interprétation du juge sera forcément influencée par celle-ci. C'est d'ailleurs ce qu'ont déjà pu constater certains auteurs dans trois arrêts récents de la Cour de cassation⁷³⁹. La Cour a en effet eu recours à « *l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* » pour des contrats en cours, au moment de l'entrée en vigueur de la réforme, ceci sans doute dans un souci « *d'harmonie des solutions* »⁷⁴⁰. La retombée de ces nouveaux principes est donc déjà à constater.

181. Interprétation et baux commerciaux. – Pour ce qui est de la conséquence de ceux-ci sur les baux commerciaux, selon Madame Auque, l'effet serait réel, à craindre peut-être, mais néanmoins souhaitable dans la mesure où « *le bail commercial, contrat de longue durée mettant en jeu d'importants intérêts économiques, est susceptible de subir, plus que toute autre convention, la pression de la partie forte au contrat* », et parce que, selon elle, « *entre deux maux, l'injustice contractuelle ou le risque d'impartialité du juge, il faut choisir le moindre* »⁷⁴¹. Elle estime que le juge, inéluctablement, sera l'acteur central du rééquilibrage du bail commercial, et que les règles spéciales du statut ne pourront faire obstacle aux nouvelles règles de droit commun.

182. Droit commun et bail commercial. – La réforme a toutefois pris soin de rappeler, par insertion de la phrase « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* »⁷⁴², que les règles spéciales plus favorables à une partie continueront de trouver application sans intervention possible du juge, en application des nouveaux principes exposés

⁷³⁸ Bourassin M., *ibidem*

⁷³⁹ Cass. civ. 1^{er}, 20 sept. 2017, pourvoi n° 16-12906, publié au Bulletin

Cass. soc., 21 sept. 2017, pourvoi n° 16-20103, publié au Bulletin

Cass. soc., 21 sept. 2017, pourvoi n° 16-20104, publié au Bulletin

⁷⁴⁰ Houtcieff D., « Interprétation du droit : c'est déjà demain ! », GP n°01, 2018, p. 29

⁷⁴¹ Auque F., « Retour du juge par la loi ? », AJDI 2016 p.184

⁷⁴² C. civ. Art. 1105, modifié par l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

brièvement précédemment. Il s'agit du fameux adage « *specialia generalibus derogant* »⁷⁴³, adage qui est toujours la règle s'agissant de l'articulation entre droit commun et droit spécial⁷⁴⁴.

Néanmoins, le droit commun s'imposera au droit des baux commerciaux. Rappelons d'ailleurs que, contrairement à une fausse idée, les règles des baux ne proviennent pas uniquement du code de commerce. Les règles du contrat de louage, contenues dans le droit commun des contrats, et donc dans le code civil, constituent le socle fondateur de ce droit. Une partie seulement du droit des baux est à chercher dans le statut présent au sein du code de commerce. Notons que s'ajoutent également d'autres droits spéciaux, dans la mesure où le bail commercial est véritablement « *au carrefour* »⁷⁴⁵ de plusieurs droits.

183. Judicialisation ou déjudiciarisation ? – Il peut paraître curieux, au regard de tout ce qui a été dit précédemment, d'affirmer le rôle central du juge dans l'équilibre du bail commercial. Notre étude semblait en effet jusqu'à présent plutôt plaider une thèse inverse, selon laquelle le juge serait progressivement écarté, que ce soit par la promotion des modes alternatifs, par application de principes jurisprudentiels, ou par les dispositions contractuelles élaborées par les parties. Nous constatons donc que deux philosophies législatives entrent en collision. Doit-on aussi considérer que le bail commercial est lui aussi en voie de re-judicialisation ? Monsieur Monéger répond à cette question en affirmant que « *la conclusion qui s'impose est que l'éviction du juge n'est qu'une apparence trompeuse* »⁷⁴⁶.

Cela signifie, selon d'autres auteurs, que la plus grande « *vigilance quant à la rédaction des clauses du bail commercial s'impose* »⁷⁴⁷.

2- Les doutes du législateur face à la nouvelle place du juge dans le droit commun des contrats

184. Une ratification tardive. – L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Elle est censée déjà s'appliquer à tous les nouveaux contrats ou avenants conclus depuis cette date, ce qui correspond à deux ans d'application.

⁷⁴³ Auque F. (ibidem) rappelle que Joël Monéger, au moment d'étudier le projet de réforme du droit des contrats rappelait déjà cet adage, estimant qu'il s'agirait d'un enjeu important, in « Le droit des contrats nouveau est arrivé. Premières gorgées », *Loyers et copr.* 2015, 4

⁷⁴⁴ *Infra* n° 373

⁷⁴⁵ Brignon B., « Les baux commerciaux au carrefour des droits », *Loyers et copr.*, 01/10/2017

⁷⁴⁶ Monéger J., « Compétence et procédure », *RTD com.* 2015, 231

⁷⁴⁷ Machinet G., « Baux commerciaux et obligations essentielles : le contrôle du juge renforcé », *lexplicité.fr*, 3 mars 2017

Pourtant ce n'est qu'un an plus tard, soit le 17 octobre 2017, que le projet de ratification de l'ordonnance a été voté par les sénateurs du Parlement. Et, fait marquant, 14 amendements étaient proposés par ces derniers. Le lendemain, le projet de loi était également soumis à l'approbation des parlementaires de l'Assemblée Nationale, puis soumis à l'examen de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. La ratification, dès lors, s'annonçait plus compliquée que prévue.

185. Volonté de retour en arrière du Sénat. – La raison de cette complication tient principalement au fait que la ratification devait prendre en compte les nombreuses critiques suscitées par tous les nouveaux mécanismes issus de la réforme. C'est, d'une part, l'intention du législateur qui doit dès lors être précisée, sur bon nombre de points, mais c'est aussi, d'autre part, quelques retours en arrière qui auraient pu apparaître nécessaires. Dans ce contexte le point problématique, qui focalisa toutes les attentions, restait la place laissée au juge dans le droit des contrats. Celle-ci sembla en effet effrayer le Parlement, notamment au regard de la forte hausse de demandes en justice, visant à réviser un contrat, qui suivirent l'entrée en vigueur de l'ordonnance le 1^{er} octobre 2016.

Sur l'intérêt d'aller contre l'intangibilité et la force obligatoire du contrat, ainsi que sur l'intérêt d'autoriser le juge à s'immiscer dans le rapport contractuel afin d'en modifier le contenu ou d'octroyer des dommages intérêts à l'une des parties, le Parlement par ses 14 amendements renvoyait la balle à l'Assemblée. Il s'agissait du premier échange seulement, une seconde lecture étant déjà prévue au Parlement, et fixée au 1^{er} février 2018.

Sauf que l'Assemblée nationale n'a pas semblé être autant préoccupée par la question que ne l'ont été les sénateurs. Ces derniers avaient exprimé le souhait que le pouvoir d'intervention du juge soit restreint et ne concerne que la possibilité de résolution du contrat. Or, les parlementaires ne les suivirent pas, et firent le choix de rétablir la possibilité du juge de réviser unilatéralement le contrat des parties en cas d'imprévision. L'Assemblée voyait en vérité les rectifications apportées par les sénateurs comme capables à elles seules d'ôter le caractère incitatif du texte. Comme nous l'indiquions précédemment⁷⁴⁸, la menace d'une intervention du juge, dont la décision pouvait être aléatoire, devait avoir pour effet d'inciter les parties à régler le litige amiablement, ou de mieux rédiger leur contrat en amont. De plus, les députés de

⁷⁴⁸ Supra n° 164

l'Assemblée Nationale considéraient que l'intervention du juge, en cas d'imprévision, était suffisamment encadrée et ne constituait, d'ailleurs, qu'en un texte supplétif.

La discussion repris au mois de février (2018), et députés et sénateurs parvinrent à un terrain d'entente limité à quelques dispositions, en restant en désaccord sur plusieurs autres, ce qui imposait donc un nouvel examen en commission mixte paritaire. Les points de désaccord concernaient évidemment à nouveau le pouvoir de révision du juge.

186. Un manque de « garde-fous » relevé. – Les sénateurs, voulant en quelque sorte « stopper l'hémorragie », proposèrent que ce ne soit qu'avec l'accord des parties, que la révision judiciaire du contrat puisse être prononcée par le juge. Dès lors, en l'absence de pareille volonté des parties, la seule solution resterait la résiliation complète du contrat. Notons que c'est la force obligatoire des conventions qui était alors invoquée dans le rapport parlementaire, par les sénateurs, afin de justifier un tel amendement.

Les sénateurs ont probablement souhaité apporter des garde-fous, afin de ne pas faire du juge cette fameuse « troisième partie » au contrat, à l'image peut-être de ce qui se fait dans le droit québécois. Ce droit étranger est intéressant puisqu'il s'agit de l'un des derniers droits à être de tradition française, c'est-à-dire à continuer à prôner l'intangibilité absolue des contrats, ainsi que la force obligatoire du contrat. Monsieur Ancel⁷⁴⁹ relève à ce titre que le droit des contrats québécois envisage la révision pour imprévision, également, mais avec la bonne foi : on remarque que les circonstances du contrat ont changé, qu'il y a un déséquilibre, et qu'il faut, si l'on est de bonne foi, y remédier absolument. Il est cependant expressément convenu que l'imprévision « *ne doit pas aboutir à remettre en cause la force obligatoire du contrat* ».

En fait le droit québécois encadre restrictivement les cas d'imprévision, en prévoyant qu'elle ne sera caractérisée que lorsque les nouvelles circonstances pourront aller jusqu'à mettre fin à l'entreprise ou l'activité commerciale : on peut penser que le législateur québécois en a eu beaucoup plus peur que le législateur français en 2016.

Les sénateurs français, avec cette étape de ratification, auraient en réalité souhaité voir totalement disparaître la possibilité de révision du contrat pour imprévision du juge, pour « *rétablir l'équilibre des intérêts en présence* »⁷⁵⁰. Mais ils n'obtinrent pas gain de cause

⁷⁴⁹ Ancel P., « Imprévision et bonne foi en droit québécois », RDC n°03, 2017, p.546

⁷⁵⁰ Chénéde F., « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJC 2018, p.25

puisqu' « avec le soutien du gouvernement, les députés l'ont rétabli, au nom d'arguments qui peinent à convaincre »⁷⁵¹. Monsieur Chénédé a pu relever, en effet, que les députés ne justifiaient le maintien de la révision que par le simple fait que celle-ci n'était pas d'ordre public, sans chercher à justifier celui-ci eu égard à l'équilibre du contrat.

187. Ratification sans modification. – Pourtant, à l'issue de la réunion d'une commission mixte paritaire, le mercredi 14 mars 2018, les députés obtinrent le maintien de la révision judiciaire du contrat puisque « la commission mixte paritaire parvint à un accord »⁷⁵². A cette occasion, certains représentants⁷⁵³ ne manquèrent pas néanmoins de signaler que « la position intransigeante du Gouvernement et de l'Assemblée nationale sur la révision judiciaire du contrat pour imprévision, à la demande d'une seule des parties, n'est pas compréhensible » et donnait « au juge une mission excédant son office »⁷⁵⁴.

C'est ainsi que le juge conservait, « comme le voulait l'Assemblée, le pouvoir de réviser le contrat, en plus de pouvoir y mettre fin, lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse »⁷⁵⁵. En effet, « l'Assemblée nationale a adopté le texte de la commission mixte paritaire le 22 mars 2018 et le Sénat le 11 avril suivant. La loi de ratification du 20 avril 2018 a été publiée au Journal officiel le 21 avril 2018 »⁷⁵⁶.

188. Il n'y eu finalement pas « réforme de la réforme »⁷⁵⁷, en tout cas pas pour l'imprévision puisque celle-ci ne fut écartée que pour certains contrats mettant en jeux des titres financiers : cette exclusion ne concerne donc pas les baux commerciaux. Les modalités et les conséquences techniques de l'imprévision sur le droit des baux commerciaux seront exposés dans la seconde partie de cette thèse⁷⁵⁸.

Si l'imprévision de 2016 reste donc identique au sein du code civil de 2018, d'autres modifications issues de la ratification de l'ordonnance de 2016 sont, en revanche, susceptibles d'influencer l'équilibre du bail commercial, eu égard à la prise en compte du profil des parties (**Titre 2**).

⁷⁵¹ Ibidem

⁷⁵² <https://www.senat.fr/presse/cp20180314a.html>

⁷⁵³ Membre de la commission, député LR, et rapporteur au Sénat

⁷⁵⁴ <https://www.senat.fr/presse/cp20180314a.html>

⁷⁵⁵ Dondero B., « La réforme du droit des contrats : suite et normalement fin », Le blog du Professeur Dondero : <https://brunodondero.com/tag/commission-mixte-paritaire/> MARS 14, 2018

⁷⁵⁶ Flash Defrénois, « Loi de ratification de la réforme des contrats », n°17, p.1, 30/04/2018

⁷⁵⁷ Houtcieff D., « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », GP n° 3211, 2018, p. 14

⁷⁵⁸ Infra n° 802 et s.

Titre 2 - L'équilibre du bail commercial par la prise en compte du profil des parties

189. « *C'est une évidence le régime des baux commerciaux poursuit dès son origine l'objectif de garantir aux commerçants le caractère pérenne de leur exploitation* »⁷⁵⁹. En effet, à l'image de Madame Legrand à qui l'on doit cette affirmation, depuis des dizaines d'années les auteurs n'ont eu de cesse de mettre en avant « *l'abus de puissance du bailleur* »⁷⁶⁰, et son comportement déloyal vis-à-vis du locataire. C'est d'ailleurs cet abus qui est à l'origine même de la construction du statut des baux commerciaux. Effectivement, afin de contrer le rapport de force qui s'était installé au profit du bailleur « tout puissant », le statut des baux commerciaux est toujours allé dans le sens d'une protection accrue du locataire, censé être la partie faible du rapport contractuel « bailleur/preneur »⁷⁶¹.

190. Rappel historique. – Tout d'abord, le fonds de commerce avec sa valeur économique, par la loi du 17 mars 1909⁷⁶², est enfin règlementé quant à sa vente et son nantissement, dans le but de garantir la pérennité et la protection du patrimoine du commerçant. Toutefois, la protection n'était que relative puisqu'aucun droit de renouvellement du bail n'était prévu. Or, chose évidente à l'heure actuelle, ce n'est qu'avec un pareil droit que le commerçant a réellement la faculté de conserver à la fois son local et sa clientèle.

C'est la loi du 30 juin 1926⁷⁶³ qui crée ce droit au renouvellement au profit du preneur à bail commercial, à l'expiration de celui-ci, et qui lui accorde le paiement d'une indemnité dans le cas où le bailleur refuserait de manière abusive. Notons que ce projet avait été envisagé dès 1911, mais que la première guerre mondiale avait par la force des choses amené à mettre de côté celui-ci.

Enfin, concrétisant définitivement la création d'un statut des baux commerciaux au profit du preneur à bail commercial, le décret du 30 septembre 1953⁷⁶⁴ fixait la durée légale des baux à

⁷⁵⁹ Legrand V., « La réforme du régime des baux commerciaux » PA n° 129, 30 juin 2014, p.5

⁷⁶⁰ Derrupé J., « Bail commercial, accord sur les modalités ou le montant du loyer à payer en cas de renouvellement du bail » RTD Com. 2005, p. 256

⁷⁶¹ Aubert J., « La fixation des loyers commerciaux : la pratique judiciaire dans les ressorts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et du Tribunal de Grande Instance de Marseille », Thèse de l'Université d'Aix-en-Provence, 1976, p. 13

⁷⁶² Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce

⁷⁶³ Loi du 30 juin 1926 qui règle les rapports entre bailleurs et locataires, notamment s'agissant du droit au renouvellement

⁷⁶⁴ Décret n° 53-960 qui règle les rapports entre bailleurs et locataires

neuf ans minimum, ainsi que les périodes de révision triennale. « *Le décret vise à assurer aux commerçants la stabilité matérielle nécessaire à la pérennité du fonds qu'ils exploitent* »⁷⁶⁵.

191. Il est incontestable que le statut de 1953 fut imaginé en sorte de protéger « *la partie qui est censée être plus faible, comme on peut en avoir l'exemple dans les clauses abusives ou dans l'intrusion du droit de la consommation, notamment des dispositions de la loi du 13 juillet 1979, reprise, ainsi que d'autres textes, dans le code de la consommation* »⁷⁶⁶.

Ce statut dont on a fêté les 60 ans⁷⁶⁷ en 2013, malgré quelques réformes plus ou moins récentes⁷⁶⁸, dont celle opérée par la loi de modernisation de l'économie⁷⁶⁹, n'avait avant 2014 jamais subi de refonte globale. Or auteurs, chercheurs, praticiens s'accordent en grand nombre à dire que « *toute la rigueur de notre statut des baux commerciaux (...) vient du fait que l'analyse protectrice a prévalu sur l'analyse utilitaire* »⁷⁷⁰.

C'est là que survient la désormais récurrente question de la pertinence de la volonté de protection de la partie faible. Et bon nombre de ces auteurs, notamment Monsieur Monéger, considèrent désormais que la stigmatisation opérée depuis des décennies en matière de bail commercial, « *repose sur un postulat qui s'avère parfois faux, selon lequel le bailleur est nécessairement le puissant et le preneur le faible* »⁷⁷¹.

Par ailleurs, au-delà de cette réalité, à savoir que le rapport de force peut souvent être inverse, ne faudrait-il pas tout comme Monsieur Monéger considérer que « *le droit commercial est le droit des forts* »⁷⁷², et que les preneurs sont, puisque « *attentifs à leurs intérêts* », aptes « *compte tenu de l'importance de l'acte, à solliciter l'avis d'un avocat ou d'un notaire, ou d'un professionnel de l'immobilier* ». Cette consultation, à savoir celle d'un professionnel du droit, ne suffit-elle pas à anéantir la pertinence de la stigmatisation encore fortement vivace en 2018 ?

⁷⁶⁵ On trouve ce rappel historique dans une Sol. Minist. JO déb. A.N 15 août 1994, p. 417, RL. 1994 p. 476

⁷⁶⁶ Woog J.-C., « Diaporama d'un demi-siècle », GP n° 14, 27/05/2000, p.5

⁷⁶⁷ Rédaction lextenso, « 60e anniversaire du statut des baux commerciaux », GP n°330, 2013, p.8

Lacger B., « Les 60 ans du statut des baux commerciaux », RDL 2013, p. 940

⁷⁶⁸ Ruet L., « De quelques réformes récentes en droit des baux commerciaux », LPA n°50, 2009, p.3

⁷⁶⁹ Dumortier B.-H., « Les modifications du statut des baux commerciaux par la loi de modernisation de l'économie », Defrénois n°17, 2009, p. 1769

⁷⁷⁰ Bagnéris M.P., « Les modifications du loyer du bail commercial », thèse de doctorat sous la direction de Louis Rozes, 1995, Université Toulouse 1 Capitole

⁷⁷¹ Monéger J., « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », AJDI 2000, 484

⁷⁷² Formule qu'il emprunte à Thaller E., in « Traité élémentaire de droit commercial », A. Rousseau (Paris), 1898

L'expression précédente, à savoir « *le commerce est le droit des forts* », est celle de Thaler, et remonte au XIX^{ème} siècle. Elle est par conséquent plus ancienne encore que le statut des baux commerciaux, certes, mais capable de montrer, à elle seule, qu'il y a tout de même une différence entre la matière civiliste et la matière commerciale : celui qui est commerçant devra toujours prendre des risques, sinon il n'aura jamais la possibilité de réussir dans son commerce.

192. N'oublie-t-on pas, dans cette optique, que le bail commercial est un contrat commercial ou, plutôt, un acte de commerce ? Il est une charge au plan comptable mais, surtout, un pari au plan commercial : cette conception nous paraît acceptable. Mais il reste un contrat. Et si, dans les dernières réformes propres au bail commercial, semblent subsister les conceptions de « partie faible » et de « partie forte » (**Chapitre 1**), l'évolution du droit des contrats semble marquer un tournant, et pourrait apporter une conception, si ce n'est plus proche de la réalité, au moins plus représentative du particularisme de la relation unissant bailleur et preneur, à savoir celle d'« adhérent » (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - La traditionnelle protection de « la partie faible » dans les baux commerciaux

193. Philosophie d'intervention. – Rappelons avant tout que cette protection traduit la philosophie adoptée par le législateur lorsque celui-ci s'applique à assurer, voire à rétablir, l'équilibre fondamental du bail commercial.

Pourtant, avant même la création du statut des baux commerciaux, comme le relève certains auteurs⁷⁷³, la situation pouvait se révéler déjà assez équilibrée, sans qu'il y ait encore eu, pourtant, la moindre intervention du législateur. Dans la pratique, on trouvait, entre autres, des clauses de cession pour l'acquéreur du fonds, et on l'on constatait que le renouvellement du bail se faisait généralement à l'amiable, selon le prix du marché locatif.

Le Président de la Commission de la Législation Civile à la Chambre des Députés, en 1923, rapportait notamment que « *la propriété du fonds de commerce était celle qui s'était le plus développée, qu'elle constituait l'une des branches les plus importantes de la richesse nationale, et que dans les grands centres, et dans certains quartiers, la valeur du fonds de commerce était de beaucoup supérieurs à la valeur des immeubles* »⁷⁷⁴. Dès lors, y avait-il réellement besoin de surprotéger le preneur partie faible ? L'interrogation pouvait paraître légitime.

194. Protection de la partie faible, ambition ancienne. – La protection de la partie faible n'est pas une spécificité propre à la matière des baux commerciaux. Elle est encore moins une conception contemporaine. Comme a pu le rappeler Monsieur Chazal⁷⁷⁵, en 1934 il était déjà possible d'assister à une conférence donnée par Josserand⁷⁷⁶ sur le thème de « *la protection des faibles par le droit* »⁷⁷⁷. A cette occasion ce dernier signalait cette tendance de plus en plus présente dans le droit français, à regret semble-t-il puisque, critiquant Ripert⁷⁷⁸, Josserand faisait la déclaration suivante : « *dans cette protection, non sans quelque scepticisme, et avec beaucoup*

⁷⁷³ De Belot P., « 73 ans de propriété commerciale », GP 4 février 2000, p. 56

⁷⁷⁴ Cf Dahmani L., « Les stratégies du bailleur pour aborder le renouvellement du bail commercial », Université Catholique de Lille, 2011

⁷⁷⁵ Chazal J.-P., « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », Ecole droit, Lyon, 2014

⁷⁷⁶ Étienne Louis Josserand (1868 - 1941), Doyen historique de la faculté de droit de Lyon, fut particulièrement connu pour son opposition farouche à la notion de quasi-contrat.

⁷⁷⁷ Josserand E.L., « La protection des faibles par le droit », Evolutions et Actualités, Sirey 1936, p.159

⁷⁷⁸ Ripert G. (1880-1958), Doyen de la faculté de droit de Paris, il fut l'auteur de nombreux traités, notamment le Traité élémentaire de droit civil, en 3 volumes, ou le Traité de droit commercial.

de pessimisme, un produit peu désirable de l'esprit démocratique et un corollaire de la loi du nombre (...), visiblement, le fort l'intéresse plus que le faible ».

Ces deux auteurs illustres, s'ils pouvaient participer à quelques-uns des débats du XXI^{ème} siècle sur les baux commerciaux, auraient sans doute beaucoup à dire dans la mesure où, d'un côté Ripert, favorable à la protection de la partie faible et méfiant à l'égard du législateur, préférait que soit confié le « rééquilibrage » aux pouvoirs du juge⁷⁷⁹, et que, de l'autre, Josserand élaborait déjà la pensée selon laquelle « *les faibles d'aujourd'hui ne sont plus toujours les faibles d'autrefois* ».

Selon Josserand, la protection du faible intervient de deux façons différentes : celle-ci s'effectue soit de manière préventive, par la prohibition de certaines clauses mettant la partie faible « *à la discrétion du fort* », soit par l'édiction de sanctions particulières.

Pour clore ce bref aparté historique et doctrinal, nous pouvons enfin évoquer la pensée de Mestre⁷⁸⁰ qui, apostrophant Josserand, avait su expliquer la tendance de notre droit à avantager la partie faible : « *Notre législation en cette matière ne viendrait-elle pas quelque peu du suffrage universel et du rôle que jouent les masses, où dominent les « faibles », dans la désignation des législateurs ? Il y a d'ailleurs deux catégories de faibles sur lesquels, il me semble, vous avez glissé et qui jouent pourtant dans le devenir juridique des rôles de protagonistes : débiteurs et locataires. Ce sont surtout, en tant de crise, de forts électeurs* »⁷⁸¹.

Il n'est, cependant, pas certain que le législateur ait, toujours, cherché à protéger uniquement le locataire. En effet, à la lecture des travaux parlementaires, qui conduiront au décret de 1953, on comprend que le texte a été élaboré sous l'influence de la droite politique de l'époque, de manière à ce que la protection du locataire soit assurée, certes, mais à ce que les intérêts des deux parties soient bien pris en compte. C'est, en poursuivant cette volonté d'équilibre, que Monsieur Mignon, député influent lors de ces débats, militait pour le respect des droits des bailleurs et était favorable à ce que le droit applicable au bail commercial soit « *libéralisé* »⁷⁸².

Toutefois, avant 1953, la quête de protection du faible, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner⁷⁸³, débute à partir de la reconnaissance du fonds de commerce et avec la

⁷⁷⁹ Cf Chazal J.-P., « G. Ripert et le déclin du contrat », RDC, 2004, p.244

⁷⁸⁰ Achille Mestre (1874-1960), Professeur emblématique de Toulouse et Paris, il fut à la frontière de nombreuses disciplines, et de ce que l'on appelle la Doctrine classique et la Doctrine moderne.

⁷⁸¹ Mestre A., « Lettre à Josserand », ADR, 224 J 31, Fonds Louis Josserand

⁷⁸² Cf <http://www2.assemblee-nationale.fr>

⁷⁸³ Supra n° 2 et s.

multiplication d'abus des bailleurs, mettant un terme au bail afin de récupérer la clientèle développée par leur locataire pour s'installer eux-mêmes à leur place. C'est véritablement du besoin de « stabilité » du preneur, mis en avant par les parlementaires de l'époque, que naquirent le véritable droit au renouvellement ainsi que la reconnaissance de la propriété commerciale.

C'est ensuite, en 1953, que fut créé le statut des baux commerciaux, régime singulier⁷⁸⁴ puisque le statut est, comme cela est très souvent rappelé, une « exception française » présente dans aucun autre Etat. Soulignant cette exception européenne, Madame Vaissié avait notamment pu faire la réflexion suivante : « *le réseau de distribution qui commercialise à Munich, Milan, Londres ou Barcelone* » serait surpris « *de dispenser en France d'un tel traitement de faveur* »⁷⁸⁵. Pourtant, selon d'autres auteurs, cette spécificité serait « *indispensable pour stimuler l'initiative économique* »⁷⁸⁶.

Au vu du caractère unique de cette situation, certains auteurs⁷⁸⁷ ont pu considérer que le locataire jouissait d'un réel privilège dans la mesure où, plus que de protéger ce dernier, le statut fait peser sur le bailleur de lourdes obligations. Selon cette conception, ce n'est pas le locataire qui se voit octroyer un droit de renouvellement ou un droit de payer loyer au juste prix, mais c'est le bailleur qui se voit imposer ces contraintes légales.

195. Renforcement de la protection en 2014. – La loi Pinel du 18 juin 2014 a souhaité renforcer cette protection singulière. Présentée comme devant être la plus grande refonte du statut depuis plus de quarante ans, cette réforme devait rétablir un équilibre qui aurait été perdu, en raison du développement de pratiques ingénieuses, techniques et abusives de bon nombres de bailleurs. A cet égard, la loi Pinel reprend le flambeau du protectionnisme, et conserve l'esprit historique du décret-loi de 1953. On constate, quatre ans après la promulgation de la loi, que « *les locataires ont multiplié les audits de charges* »⁷⁸⁸, en sollicitant l'aide de praticiens. C'est-à-dire qu'ils ont, enfin, souhaité connaître quelle logique dicte leur répartition et pensé possible de contester cette dernière. Cette multiplication des contentieux traduit la réaction des locataires, mis en confiance par la réforme qui leur est majoritairement favorable.

⁷⁸⁴ Rozès L., « L'exception locative française », AJDI 2000, p. 480

⁷⁸⁵ Vaissié M.-O., « faut-il réformer les baux commerciaux ? », RDL 2003

⁷⁸⁶ Cf Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

⁷⁸⁷ Aubert J., « L'avenir des baux commerciaux », RDL1988, p. 305

⁷⁸⁸ Fienberg in Blatter J.-P., « Deux ans d'existence de la loi Pinel », AJDI 2016, 410

196. Afin de maintenir l'équilibre du bail commercial, les dernières réformes vont dans le sens d'un renforcement des droits de la partie faible (**SECTION 1**), mais également d'une protection accrue dans le rapport de force existant entre celle-ci et l'autre partie dite forte (**SECTION 2**).

SECTION 1 – LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS SES DROITS

197. S'agissant du preneur, « *l'idée essentielle sous-jacente, est, en effet, que celui-ci a besoin de stabilité et de sécurité afin de développer son exploitation* »⁷⁸⁹. En effet, depuis fort longtemps, et c'est toute la particularité de notre statut des baux, la loi cherche à prendre en considération l'importance de la stabilité du locataire. Cela n'est pas surprenant tant la stabilité représente la continuité, la durabilité, la solidité de son activité. La stabilité est bien sûr, également, synonyme d'équilibre⁷⁹⁰.

Cette prise en compte, imprégnant fortement la loi Pinel de 2014, imprimait également, en tant « qu'esprit de loi », la loi dite MURCEF⁷⁹¹ selon laquelle « *la stabilité contractuelle entre bailleur et preneur, constitue un élément essentiel de la bonne santé du secteur économique immobilier* », ou encore le rapport Pelletier⁷⁹² selon lequel « *la stabilité lors du renouvellement doit demeurer la règle* ».

Mais nous allons constater dans cette première section, que le législateur cherche également, depuis des décennies, à trouver le « juste prix » c'est-à-dire le « *prix d'équilibre* »⁷⁹³.

Pour cela, historiquement, le législateur prend en considération deux éléments, à savoir le temps et le prix. Le locataire doit pouvoir rester dans les locaux et compter sur une valeur de loyer stable. Celle-ci peut évoluer, certes, mais cette évolution ne doit pas mettre en péril la pérennité du commerce bâti par le preneur. Le législateur cherche ainsi à assurer la stabilité nécessaire à l'activité du preneur, d'une part en s'intéressant à la durée du bail commercial (**Paragraphe 1**), et d'autre part par l'encadrement de la valeur du loyer (**Paragraphe 2**).

⁷⁸⁹ Beviere B., « Le droit au bail du locataire commerçant : une spécificité française désuète ? », LPA n° 67, 1999, p.4

⁷⁹⁰ Cf le Larousse pour stabilité : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/stabilite/C3%A9/74408/synonyme>

⁷⁹¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

⁷⁹² Pelletier P., « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, avr. 2004

⁷⁹³ Ruet L., « Les baux commerciaux », 4e édition, 2017, Defrenois

Paragraphe 1 - La recherche de stabilité et d'équilibre par la gestion de la durée du contrat de bail commercial

198. Le législateur, à l'occasion de la loi Pinel, a à nouveau considéré que la stabilité du locataire devait être assurée par un meilleur encadrement de la durée du bail commercial (**A**). Mais de manière plus innovante, le législateur a également cherché à assouplir le formalisme propre au congé (**B**). Nous considérons pertinent d'étudier ces nouvelles règles, relatives au congé comme évolution de la gestion de la durée du bail commercial, dans la mesure où c'est, notamment, de leur bonne application que dépendra le prolongement dans le temps de la relation contractuelle, ou l'éviction du locataire.

A) La nécessaire fermeté dans l'encadrement de la durée du bail commercial

199. L'importance de la durée dans le statut. – Ce qui différencie le bail commercial de tous les autres contrats c'est à n'en pas douter l'importance de sa durée. Le temps a une importance notable en matière de bail commercial. Ne pas le comprendre, c'est ne pas comprendre la protection assurée par le statut, car il est un constat simple à faire : lorsqu'un commerçant décide d'exercer son activité, en louant son local dans lequel il exploitera le fonds de commerce, il n'est pas propriétaire des lieux. Par conséquent, en tant que simple locataire, il n'a pas vocation première à y rester éternellement.

Pourtant, pour le preneur, quitter les lieux c'est perdre de manière forte ou totale le fonds de commerce, c'est risquer de perdre de manière significative la clientèle qui y est attachée, c'est parfois également perdre une éventuelle licence (alcool, tabac, etc.). C'est, en outre, également s'exposer à devoir payer des frais de déménagements, et des droits de mutation pour l'achat d'un nouveau fonds.

C'est dans cette optique que le statut des baux commerciaux cherche depuis toujours à protéger le locataire, qu'il soit commerçant, artisan ou industriel, à travers diverses dispositions. Parmi elles, on trouve notamment le droit au renouvellement du bail commercial, la durée minimale du bail de neuf ans, l'indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement du bail commercial par le bailleur (sans motif grave ou légitime), ou encore l'interdiction des baux perpétuels⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ Cass. civ. 1^{er}, 20 mars 1929, DP 1930, p.13

Avant la création du statut, la durée se négociait, et correspondait à « *une durée à la fois déterminée et suffisante* »⁷⁹⁵. En effet, la loi de 1926⁷⁹⁶, ne se préoccupait pas encore de la question de la durée. Néanmoins, et même si les intérêts respectifs du bailleur et du preneur divergeaient, on constatait que le renouvellement amiable n'était pas si rare. Pourtant, la volonté de protection du preneur, et de recherche d'une plus grande stabilité à son profit, a poussé le législateur à créer un statut des baux commerciaux dérogeant complètement aux dispositions de droit commun, celles du contrat de louage, en ce qui concerne la durée.

200. Stabilité et liberté. – Les règles du statut, relatives à la durée, et impératives pour la plupart, figurent aux articles L. 145-1 à L. 145-60, et R145-1 à R. 145-33 du code de commerce. Le locataire ne peut être contraint de s'engager pour une durée inférieure à la durée minimale du bail commercial, à savoir neuf ans. Celui-ci dispose néanmoins, dans des cas particuliers (retraite, invalidité), ainsi que tous les trois ans, de la faculté de donner congé.

La situation du preneur peut, par ailleurs, rapidement évoluer au cours de l'exploitation de son activité. De ce fait, les conditions propres au contrat de bail commercial, ou au local objet du contrat, peuvent subitement se retrouver inadaptées. En effet, les besoins comme les capacités du preneur sont des facteurs très évolutifs. Par conséquent, il peut arriver que le preneur n'ait plus d'autre choix que de mettre un terme à son bail commercial. Le statut des baux commerciaux lui offre également des solutions dans cette optique.

201. Déclin de la protection statutaire de la durée. – L'étude d'impact du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, qui précédait la loi Pinel de 2014, mettait en avant que l'évolution des relations contractuelles, entre les bailleurs et les preneurs, avait mené au déclin du bail protecteur de neuf ans, avec possibilité de résiliation triennale du preneur, bail dit « 3-6-9 », au profit de la liberté contractuelle. En effet, comme nous l'avons également rappelé, le statut n'étant que partiellement d'ordre public, l'aménagement contractuel se faisait très souvent en dépit de la protection accordée par le statut au preneur. La loi Pinel du 18 juin 2014 a donc cherché à aller encore plus loin, dans la quête de stabilité de celui-ci (1) en renforçant, également, sa marge d'affranchissement (2).

⁷⁹⁵ Miron E., *ibidem*

⁷⁹⁶ Loi du 30 juin 1926 BAILLEURS LOCATAIRES, JORF du 1 juillet 1926, p. 7210

1- La durée du bail commercial : une durée statutaire

202. Cette durée statutaire doit impérativement être de neuf ans, au minimum, **(a)** mais ne peut en aucun cas être une durée ferme **(b)**.

a- Seuil minimal de neuf ans conditionnant l'application du statut

203. Une durée minimale. – Le premier alinéa de l'article L. 145-4 du code de commerce dispose que « *la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans* ». Le code de commerce impose donc une durée minimale de neuf ans, lors de la conclusion du bail commercial. En revanche, rien n'interdit aux parties de conclure le bail pour une durée supérieure. Nous verrons d'ailleurs dans cette thèse qu'il s'agit d'une pratique courante car elle offre au bailleur une plus grande marge de manœuvre en ce qui concerne la liberté contractuelle, et le contournement de certaines dispositions d'ordre public⁷⁹⁷.

La règle du minimum légal de neuf ans, quant à elle, est bien d'ordre public. Il est absolument impossible de prévoir une durée inférieure. Par conséquent, le bailleur étant lié avec le locataire pour neuf ans, il ne pourra résilier le bail de manière anticipée que dans des cas précis. Ce sera notamment l'hypothèse d'une faute du locataire, celle d'une reconstruction, restauration ou surélévation de l'immeuble.

204. Liberté de départ du preneur. – Le preneur, lui, n'est pas réellement tenu pour neuf ans. Jusqu'à 2014, le principe était qu'il pouvait donner congé à l'expiration d'une période triennale, dès lors que cela ne lui était pas contractuellement interdit. En effet, même si la loi n°61-356 du 12 mai 1966 avait modifié le décret du 30 septembre 1953⁷⁹⁸, en prévoyant la durée minimale de neuf ans dans le but d'assurer sa stabilité, le preneur a la faculté de donner congé au bout de chaque période triennale.

C'est cela qu'on appelle « bail 3-6-9 ». Selon cette fameuse expression, parfois mal utilisée, la durée du bail est bien de neuf ans, mais le locataire peut donner congé tous les trois ans. Cette faculté qui devait permettre de se délier des locaux, dans le cas où ceux-ci n'auraient plus été utiles pour exercer son activité, ou dans le cas où il ne lui aurait plus été possible financièrement de les conserver, était d'ordre public.

⁷⁹⁷ Infra n° 213

⁷⁹⁸ Décret n° 53-960, 30 sept. 1953

b- La pratique du bail « ferme » : source de déséquilibre

205. Suppression passée de l'ordre public. – Le législateur, par la loi du 30 décembre 1985⁷⁹⁹, avait modifié l'article L. 145-4 en prévoyant que la faculté de résiliation triennale pouvait s'exercer « *à défaut de convention contraire* », laissant ainsi aux parties la possibilité d'insérer dans le contrat une clause privant le preneur de ce droit. Dès lors, le caractère d'ordre public était supprimé, et les dispositions devenaient supplétives⁸⁰⁰.

Ainsi, très souvent, il était expressément prévu dans certains baux commerciaux que le preneur était engagé pour six ou neuf ans consécutifs. C'est ce qu'on appelle la pratique des « baux à durée ferme ». Ce renoncement se faisait quel que soit le type de local ou la durée du contrat de bail, et la plupart du temps en contrepartie d'une réduction de loyer ou de la participation du bailleur à certains travaux d'aménagement.

Comme le souligne Jean-Denis Barbier⁸⁰¹, en période de crise économique, ces dispositions pouvaient s'avérer extrêmement dangereuses pour le preneur. En effet, dans de telles périodes, seule la souplesse peut permettre à une entreprise en difficulté de se restructurer. Se réorganiser, c'est alors peut-être réduire la surface exploitée pour des contraintes économiques, et même parfois déménager. Or, si attendre trois années pour pouvoir le faire peut-être déjà économiquement très difficile, devoir attendre six ou neuf ans laisse peu de chance de sauvetage.

La loi Pinel est venue mettre un terme à cette situation en supprimant la possibilité de déroger conventionnellement à la règle dite des « 3-6-9 ».

2- La loi Pinel et le renforcement de la faculté de résiliation triennale

206. Le renforcement par la suppression de la faculté de déroger à la règle de la résiliation triennale (a) a pu, cependant, être jugé relatif (b).

a- La suppression de la faculté de déroger à la règle dite du « 3-6-9 »

207. Réaffirmation de la liberté du preneur. – Comme nous le savons, la durée minimale du bail commercial est de neuf ans, mais la loi Pinel du 18 juin 2014 a créé un nouvel alinéa 2 à l'article L.145-4 du code de commerce qui dispose désormais que « *le preneur a la faculté de*

⁷⁹⁹ Loi n° 85-1408, 30 déc. 1985

⁸⁰⁰ C'est-à-dire pouvant être écartées par la simple volonté des parties

⁸⁰¹ Barbier J.-D., « Réforme du 18 juin 2014 », GP n° 221, 2014, p.11

donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délai de l'article L. 145-9 ». Ainsi, la loi du 18 juin 2014, dans son article 2, est venue restreindre les hypothèses de ces baux dits à « durée ferme » sans possibilité de résiliation triennale.

En effet, la loi modifie l'article L. 145-4 du code de commerce, en supprimant les mots « à défaut de convention contraire » y figurant, et en remplaçant ces derniers par la phrase suivante : « *Les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans, les baux des locaux construits en vue d'une seule utilisation, les baux des locaux à usage exclusif de bureaux et ceux des locaux de stockage mentionnés au 3° du III de l'article 231 ter du code général des impôts peuvent comporter des stipulations contraires* ».

208. Rétablissement de l'ordre public. – Les mots « à défaut de convention contraire » étant supprimés, l'ordre public du droit de résiliation triennale est tout simplement rétabli, tout comme l'esprit original du texte⁸⁰². En effet, on revient à la situation antérieure à la loi du 30 décembre 1985 et le bailleur ne peut plus déroger à la résiliation triennale qui redevient le principe. Ainsi, le preneur a le droit de donner congé tous les trois ans, en respectant les conditions de l'article L. 145-9, hormis la possible dérogation dans les cas de « *baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans, les baux des locaux construits en vue d'une seule utilisation, les baux des locaux à usage exclusif de bureaux et ceux des locaux de stockage* »⁸⁰³ ⁸⁰⁴. Nous reviendrons sur ce point, mais précisons déjà que l'article L. 145-9 a également été modifié par la loi Pinel, puisque le congé, donné à l'occasion de la période triennale, peut être réalisé par lettre recommandée avec accusé de réception.

209. Protection du preneur rétablie. – Cette modification apparaît favorable au preneur. Plus de protection, plus de souplesse, voilà clairement l'esprit de la loi dont l'objectif est de mieux protéger le petit commerçant en lui permettant de quitter les lieux lorsque le développement de son entreprise le nécessite. On pourrait donc y voir la fin du bail ferme, c'est à dire du bail ferme de neuf ans ou même du bail conclu pour neuf ans mais prévoyant une durée ferme de six ans.

⁸⁰² Kenfack H., « Baux commerciaux », JCP E n° 10, 5 Mars 2015, 1117

⁸⁰³ CGI, Art. 231 ter : « *Pour les locaux de stockage, qui s'entendent des locaux ou aires couvertes destinés à l'entreposage de produits, de marchandises ou de biens et qui ne sont pas intégrés topographiquement à un établissement de production* »

⁸⁰⁴ C. com., Art. L.145-4

A travers ces nouvelles dispositions, l'équilibre économique et financier apparaît sauvé. Mais comme nous l'avons déjà entrevu, il reste toute une série d'exceptions et de conséquences qui vont probablement découler de ces dernières dispositions. Ce qui mène à dire que le renforcement de la résiliation triennale est simplement partiel, relatif.

b- Un renforcement relatif, aux effets parfois négatifs pour les parties

210. Des exceptions prévues par le législateur. – En effet, et « *afin de ne pas causer un préjudice trop important aux investisseurs* »⁸⁰⁵, le lobbysme fortement présent conduit à ce que la possibilité de renoncer au droit de résiliation triennale soit maintenue dans plusieurs cas. La loi conserve ainsi des dérogations⁸⁰⁶ à la résiliation triennale du preneur pour certains baux évoqués précédemment⁸⁰⁷, à savoir les baux à *usage exclusif de bureaux*, les baux conclus *pour une durée supérieure à 9 ans*, les baux *pour des locaux de stockage*, et les baux pour des locaux *construits ou aménagés en vue d'une seule utilisation*.

Les contours de ces exceptions ne sont pas définis de manière extrêmement claire. Pourtant, le bailleur cherchera à rentrer dans l'une de ces catégories, afin de bénéficier d'une exception et pouvoir faire renoncer le locataire à sa résiliation triennale. Il convient donc de préciser à quoi elles correspondent.

211. Bureaux. – Tout d'abord, le législateur prévoit une exception au principe de résiliation triennale absolue, pour « *les baux à usage exclusif de bureaux* ». La jurisprudence définit cette notion⁸⁰⁸, non pas par rapport aux caractéristiques des locaux, mais par rapport aux activités qui y sont exploitées. En vertu de l'article R. 145-11 du Code de commerce, il s'agit donc des locaux qui sont utilisés pour des activités administratives, ou pour la réception de la clientèle, à partir du moment où ceux-ci ne servent pas au dépôt ou à la livraison de marchandises. A titre d'exemple, il pourra s'agir des sièges sociaux ou administratifs, ou des « bureaux boutiques » telles que les agences bancaires, immobilières ou de voyage.

212. Monovalence. – Ensuite, intéressons-nous aux « *baux des locaux construits en vue d'une seule utilisation* ». Beaucoup d'auteurs ont directement désigné ceux-ci comme étant les « *locaux monovalents* »⁸⁰⁹ mentionnés à l'article R. 145-10 du Code de commerce. On peut toutefois noter que le législateur n'a pas utilisé cette dernière notion. Néanmoins, il nous

⁸⁰⁵ Nerrière R., « Les baux commerciaux après la loi Pinel : retour à un juste équilibre ? », Bull. ch. not. n°78, 2014

⁸⁰⁶ Sainturat M.-L., « Les durées du bail commercial », Loyers et copr. n° 9, 2014

⁸⁰⁷ Supra n° 62 et s.

⁸⁰⁸ Habere J., « Notion d'usage exclusif de bureaux », RLDA n° 3190, 2002, p. 21

⁸⁰⁹ C. com., Art. R. 145-10

apparaît également logique d'assimiler les locaux construits en vue d'une seule utilisation aux locaux monovalents. En vertu de la jurisprudence⁸¹⁰, il s'agira par exemple d'un garage, d'un théâtre ou d'un cinéma. Signalons, puisqu'il y avait jusqu'à présent une hésitation des experts sur ce point, qu'un arrêt récent du Tribunal de Grande Instance a précisé qu'une résidence pour étudiants⁸¹¹, comme un hôtel, une maison de retraite ou de repos, est un local à caractère monovalent.

213. Baux de plus de 9 ans. – S'agissant ensuite des « *baux d'une durée supérieure à neuf ans* », précisons, tout de suite, qu'il s'agit bien des baux dont la durée contractuelle initiale dépasse neuf années. Il ne s'agit pas des baux renouvelés par tacite reconduction au-delà de neuf ans⁸¹². Il s'agira donc concrètement d'un bail conclu pour dix ou douze ans, dans la pratique. Rappelons que ces baux ne se renouvellent pas automatiquement pour la même durée, quand elle est supérieure à neuf ans, mais pour un nouveau bail de neuf ans, à défaut de convention contraire⁸¹³. En effet, la Cour de cassation par un arrêt rendu le 18 juin 2013 a pu rappeler qu'un bail de plus de neuf ans, comportant en plus une clause prévoyant le renouvellement pour la même durée, devait se renouveler quand même pour neuf ans.

La possibilité d'écarter la résiliation triennale par la conclusion d'un bail supérieur à neuf ans constitue une dérogation qui, selon nous, rend vraisemblablement le nouveau principe beaucoup moins révolutionnaire, dans la pratique, dans la mesure où, offrant au bailleur la possibilité de dé plafonner le loyer⁸¹⁴, les baux commerciaux d'une durée supérieure à neuf ans sont très fréquemment utilisés.

214. Stockage. – Enfin, la dernière exception prévue par la loi Pinel concerne les « *baux de locaux de stockage* » que la loi assimile aux « *locaux ou aires couvertes destinés à l'entreposage de produits, de marchandises ou de biens et qui ne sont pas intégrés topographiquement à un établissement de production* », en vertu de l'article 231 ter du code général des impôts. Mais la rédaction de cet article étant plutôt vague, il nous semble probable que des doutes surgissent concernant les locaux de stockage.

⁸¹⁰ Rouquet Y., note sous Cass. 3e civ. 29 septembre 2004, n° 03-13.624, D. 2004

⁸¹¹ TGI Paris, 5 mai 2015, n°11/02634, SCI La pergola c/ Nexity Studea

⁸¹² Barbier J.-D., *ibidem*

⁸¹³ Jacquin A., « Durée du bail commercial et ordre public jurisprudentiel », G.P. 19 avril 2014, p.9

⁸¹⁴ C. com., Art. L. 145-34 : « *le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires.* »

215. Exceptions souhaitées par le Parlement. – Selon Monsieur Garbit, le fait que cette faculté de renoncer à la résiliation triennale n’ait pas été supprimée dans ces quatre cas, montre que le Parlement a considéré que le régime ne devait pas être rééquilibré, au profit du preneur, dans ces cas de figure précis où les bailleurs ont « *besoin d’une visibilité à long terme* »⁸¹⁵. Ainsi, la durée ferme du bail, dans ces situations, permettrait un juste équilibre dans les relations entre bailleurs et locataires, « *un loyer plus bas étant la contrepartie d’un engagement plus long* »⁸¹⁶.

216. Effet négatif pour l’aménagement en faveur du locataire. – Les auteurs ont vu déjà, au lendemain de l’adoption de la loi, un probable effet négatif au renforcement de la faculté de résiliation triennale : en effet, dans la plupart des cas, il n’est dorénavant plus possible pour le locataire de renoncer à ce droit. Mais selon plusieurs auteurs, il n’est pas exclu que la consécration de ce principe puisse avoir certains effets négatifs pour le preneur. Pour ce dernier, « *cette nouvelle rédaction, apparemment favorable au locataire, risque en réalité d’avoir un effet boomerang* »⁸¹⁷.

Puisque qu’il ne sera désormais plus possible pour le preneur d’aménager la résiliation du contrat de bail, on pourrait dès lors considérer qu’il ne sera plus possible de prévoir que celui-ci pourra donner congé dans des délais plus courts que celui de trois ans. Cela lui était pourtant favorable. Toutefois, les auteurs ne sont pas d’accord sur la question. Certains pensent au contraire que, la loi Pinel ne précisant rien, l’assouplissement contractuel devrait rester possible. Monsieur Dumortier fait partie de ceux-ci. Selon lui, puisque l’ordre public en matière de baux commerciaux « *est un ordre public à sens unique, destiné à protéger le locataire* », dans le cas où « *le bail protège le locataire mieux encore que la loi ne le fait (...) l’élargissement de la faculté de résiliation du locataire devrait donc rester possible* »⁸¹⁸. Ce sera probablement à la jurisprudence de le préciser.

217. Effet négatif pour l’investissement immobilier. – Ensuite, ce renforcement de la résiliation triennale pourrait avoir un effet négatif pour l’attractivité du secteur immobilier. La possibilité d’y déroger, instituée jadis par le législateur⁸¹⁹, répondait en effet à une requête des investisseurs. Cela constituait pour eux un certain gage de sécurité s’agissant du rendement locatif. Par conséquent, à l’inverse, l’avoir supprimé serait peut-être un facteur dissuasif.

⁸¹⁵ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA, 2014, p.96

⁸¹⁶ Avis commission des lois du Sénat du 9 avril 2014, p. 4

⁸¹⁷ Dumur J-P., « Le bêtisier de la loi Pinel en 10 stations », AJDI 2014, p.821

⁸¹⁸ Dumortier B.-H., « L’interdiction des baux commerciaux à durée ferme par la loi Pinel », LPA, 27 août 2014

⁸¹⁹ Loi n°85-1408, 30 déc. 1985

Il est donc à prévoir que peu d'entre eux prendront le risque de fournir les fonds nécessaires permettant de construire le local commercial, dans le cas où le preneur ne se serait pas engagé pour un bail de plus de neuf ans puisque, comme nous l'avons vu précédemment, cet engagement permet de déroger au principe de résiliation triennale, et ainsi prévoir une durée d'engagement ferme supérieure à trois ans.

Les bailleurs rechercheront le bail de plus de neuf ans pour écarter la résiliation triennale et également pour obtenir le déplafonnement du loyer, au profit du bailleur, lors du congé avec offre de renouvellement du bail. Pour Monsieur Kendérian, « *loin d'avoir ici rééquilibré le contrat, la loi risque d'aggraver la situation du preneur en conduisant à une généralisation des baux supérieurs à neuf ans, qui aura pour effet de lui faire perdre à la fois son droit de résiliation triennale et son droit au plafonnement du loyer de renouvellement* »⁸²⁰.

Dès lors, ne va-t-on pas vers une généralisation des baux de dix ans ? Certains auteurs, après l'adoption de la loi Pinel⁸²¹, avaient pu relever que les baux de dix ans se sont bel et bien multipliés. Il s'agit probablement d'un premier élément de réponse.

218. Maintien d'une jurisprudence relative à la résiliation triennale. – Notons toutefois que la jurisprudence consacre depuis plusieurs années une sorte d'ordre public prétorien s'agissant du renouvellement du bail d'une durée supérieure à neuf ans. En effet comme nous avons déjà pu le dire précédemment, au terme d'une jurisprudence bien établie⁸²², et non remise en cause par la loi Pinel⁸²³, ces derniers ne peuvent se renouveler automatiquement pour la même durée supérieure à neuf ans, même dans le cas où cela serait prévu expressément par une disposition du contrat de bail. Le Sénat avait souhaité changer cette solution, en allant vers plus de liberté contractuelle, mais la proposition n'ayant pas été retenue, la jurisprudence reste applicable⁸²⁴.

Par conséquent, faut-il considérer que les parties qui souhaiteraient repartir sur une durée supérieure à neuf ans, afin notamment d'exclure la résiliation triennale, ont l'obligation de

⁸²⁰ Kendérian F., « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux ? », Loyers et copr. n° 10, 2016

⁸²¹ Serron Fienberg M. et Gagnaire B., « Baux commerciaux : deux ans d'existence de la loi Pinel », JA 2016, n°542, p.25

⁸²² Brault. P.-H. note sous Cass. 3e civ., 18 juin 2013, n°12-19-568, Loyers et copr. 2013, com. 276

⁸²³ Bolland-Blanchard A., « Croyez-vous que cela puisse durer ? », Vie jurid., 8 novembre 2014, p. 58

⁸²⁴ Legrix de la Salle S., « Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux », JCP E n°27, 3 juillet 2014

résilier et conclure un nouveau bail ? ⁸²⁵ Pour Monsieur Kendérian⁸²⁶, la solution est plus simple (mais encore faut-il y penser à temps) puisqu'il faudra au moment de chaque renouvellement convenir que la durée est toujours supérieure à neuf ans. Nous analysons cet avis, en considérant que l'auteur préconise la simple rédaction d'un avenant (au moment du renouvellement donc) avec la précision de la durée supérieure à neuf ans. Ainsi, le bailleur pourra se prévaloir des régimes dérogatoires qui lui sont favorables.

Enfin, il est fort à parier que les bailleurs préféreront mettre de côté purement et simplement le statut du bail commercial, et se tourner vers le bail de courte durée, ou bail dérogatoire⁸²⁷. Le côté négatif, pour le locataire, étant de placer ce dernier dans une situation de précarité ...

219. Maintien de la liberté contractuelle en faveur du bailleur. – De nombreuses voies de sortie sont donc offertes aux bailleurs pour contourner l'ordre public de cette nouvelle protection accordée au preneur. Plus de liberté contractuelle en conséquence, mais principalement en faveur des bailleurs.

c- Un renforcement relançant le débat de l'application de la loi Pinel dans le temps

220. « *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif* ». Ce principe, l'un des premiers enseignés en université de droit, issu de l'article 2 du code civil de 1804, a semblé être remis en question s'agissant des baux commerciaux, au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Pinel.

221. Loi applicable aux contrats « nouveaux ». – En doctrine, tout d'abord, certains auteurs ont longuement débattu de la façon d'appliquer dans le temps l'ordre public renforcé du principe de résiliation triennale. Certains auteurs se sont en effet positionnés sur l'application immédiate aux baux antérieurs à la loi Pinel⁸²⁸, contrairement à d'autres comme Messieurs Monéger et Blatter⁸²⁹.

En ce qui nous concerne, nous partageons l'avis de Monsieur Antoniutti⁸³⁰, selon qui une application immédiate aux contrats existants serait une atteinte grave à l'équilibre du contrat,

⁸²⁵ Bolland-Blanchard A., *ibidem*

⁸²⁶ Kendérian F., *ibidem*

⁸²⁷ C. com., Art. L. 145-5

⁸²⁸ Barbier J.-D., « Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », GP n° 189k6, 9 août 2014, p.47

Garbit P. in Lamy Droit Commercial 2015, n° 1253.

⁸²⁹ Monéger J., « La mise en œuvre dans le temps de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 », Loyers et copr. 2014
Blatter J.-P., « De quelques idées originales ou non relatives à l'application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 », AJDI n° 741, 2014

⁸³⁰ Antoniutti A., « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016

dans la mesure où le bailleur a peut-être négocié l'impossibilité pour le preneur de résilier le contrat tous les trois ans, en acceptant, en contrepartie, d'effectuer d'importants travaux, de prendre pour lui des charges qui auraient pu être imposées au locataire, ou toute autre obligation supplémentaire.

D'un point de vue économique, cela nous paraît peu admissible et, d'un point de vue légal, encore moins : rappelons la jurisprudence, applicable en la matière, selon laquelle « *la loi nouvelle, même d'ordre public, ne peut, en l'absence de dispositions spéciales, régir les effets à venir des contrats conclus antérieurement* »⁸³¹.

222. Réponse ministérielle et rétroactivité... – Pourtant, une réponse ministérielle a semé le doute dans les esprits⁸³². Cette réponse est celle de Madame Dubié, députée ayant participé à l'élaboration de la loi Pinel. Celle-ci, se basant sur un avis rendu par la Cour de cassation⁸³³, affirma l'application immédiate de la faculté de résiliation triennale puisque, selon elle, son caractère d'ordre public (un ordre public de protection qui plus est) est « *justifié par la nécessité d'assurer l'égalité de traitement des preneurs de baux commerciaux (et par le) souci d'efficacité de la règle nouvelle* ». La réponse précisait également que cette application, contrairement à notre précédente prise de position, ne remettait pas en cause l'équilibre du bail commercial.

La réponse ministérielle a été critiquée de manière assez virulente. Celle-ci, injustifiée selon les auteurs, tant sur le plan économique que sur le plan juridique, serait source d'une immense insécurité juridique. Les commentaires, pour la plupart, appelaient ainsi à ne pas la prendre compte, notamment au vu de l'absence de caractère contraignant d'une réponse ministérielle qui, en principe, n'est pas une source de droit.

Pourtant, certains auteurs y ont vu un nouvel effet pervers à prévoir. Selon Messieurs Antoniutti et Monéger, « *nul doute qu'en cette période de crise économique, cette réponse ministérielle sera brandie par les locataires soucieux de mettre fin à leur bail malgré des engagements fermes pris antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi* »⁸³⁴.

⁸³¹ Cf Cass. civ. 1^e, 17 mars 1998, pourvoi n°96-12.183, Bull. 1998 I N° 115 p. 76

⁸³² Rép. min. n° 931 : JOAN Q 31 mai 2016, p. 4684

Pour les commentaires cf : Veille Lexis, « Entrée en vigueur de la nouvelle faculté du preneur de résilier le bail », JCP N n° 25, 24 Juin 2016, act. 784 ; Brault C.-E., « Les congés à échéance triennale et l'application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », GP n° 25, 2016, p. 60 ; Brault P.-H., « Premier bilan après l'entrée en vigueur progressive de la loi du 18 juin 2014 et du décret du 3 novembre 2014 », Loyers et Copr. n° 9, 2016, étude 12

⁸³³ Cass. avis, 16 févr. 2015, demande n° 15002, Sté Paris-Habitat OPH c/ Meder, n° 2015-002800

⁸³⁴ Monéger J., « Le temps de la loi et l'ordre public », Loyers et copr. 2016, repère 8 ; Antoniutti A., « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 9

Dans la gestion de l'équilibre du bail commercial, l'encadrement de la durée jusqu'à présent était utilisé par le législateur dans le but de préserver la stabilité du preneur. Ne doit-on pas voir dans au travers de cette réponse ministérielle la nouvelle prise en considération de la durée comme élément important d'une autre forme d'équilibre, à savoir l'équilibre financier ? C'est en tout cas ce qui justifia que le législateur crée de nouvelles règles relatives au congé.

B) L'assouplissement des règles relatives au congé : recherche d'un meilleur équilibre financier

223. Par une mesure très décriée, le législateur instaura la notification du congé par lettre recommandée avec accusé de réception, dans une logique de diminution des coûts **(1)**. Cette nouveauté eut besoin de quelques clarifications dans les années qui suivirent son entrée en vigueur **(2)**.

1- La « notification de congé par LRAR » répondant à la « logique » de diminution des coûts

224. La notification de congé par LRAR est une innovation de la loi Pinel **(a)**. Toutefois, très rapidement, celle-ci eu besoin d'être « repensée » par la loi Macron **(b)**.

a- Une innovation de la loi Pinel

225. Deux modes de délivrance du congé – En vertu du premier alinéa de l'article L. 145-9 du code de commerce, *« par dérogation aux articles 1736 et 1737 du code civil, les baux de locaux soumis au présent chapitre ne cessent que par l'effet d'un congé donné six mois à l'avance ou d'une demande de renouvellement. A défaut de congé ou de demande de renouvellement, le bail fait par écrit se prolonge tacitement au-delà du terme fixé par le contrat. Au cours de la tacite prolongation, le congé doit être donné au moins six mois à l'avance et pour le dernier jour du trimestre civil »*.

Jusqu'à la loi du 18 juin 2014, les parties étaient forcées, pour que le congé soit valable, de délivrer celui-ci par acte extra-judiciaire, c'est à dire de recourir à un huissier. Tout acte notifié par lettre avec accusé de réception était, jusqu'à présent, déclaré nul⁸³⁵. Pour simplifier les formalités des artisans et des commerçants, et en dépit de l'amendement présenté au Sénat,

⁸³⁵ Cass. Ass. plen. 17 mai 2002, pourvoi n°00-11.664, Bulletin 2002 A. P. N° 1 p. 1 ; Cass. civ. 3^e, 20 décembre 1982, pourvoi n° 81-13.495, Bull. 1982, III, n° 257 ; Cass. civ. 3^e, 18 mai 1994, pourvoi n°92-17.028 ; Cass. civ. 3^e, 15 septembre 2010 pourvoi n° 09-15.192, Bull. 2010, III, n° 154

« avec une grande sagesse » selon certains auteurs⁸³⁶, par le rapporteur de la commission des lois constitutionnelles⁸³⁷, la loi Pinel a affecté le formalisme de la délivrance du congé.

Le cinquième alinéa de l'article L.145-9⁸³⁸ prévoit désormais que « *le congé doit être donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire, au libre choix de chacune des parties. Il doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné* ».

226. Actes visés. – Ainsi, les parties ont désormais deux possibilités, à savoir l'acte extrajudiciaire, qui devient une simple faculté, et la lettre recommandée avec demande d'avis de réception (LRAR). On peut donc penser que cela entraîne une impossibilité de prévoir dans une clause du bail, l'obligation de recourir à l'acte extrajudiciaire pour donner congé.

Il est cependant très important de préciser le domaine de cet apport. En effet, la délivrance du congé doit s'entendre comme le congé simplement délivré par le bailleur⁸³⁹ ou le congé délivré par le preneur à l'expiration de chaque période triennale⁸⁴⁰. Il ne s'agit en aucun cas de l'offre de renouvellement du bailleur qui serait faite avec demande de déplaçonnement du loyer⁸⁴¹, ou de la demande de renouvellement du preneur, ni de la réponse du bailleur suite à cette demande⁸⁴².

227. La LRAR, mode de preuve. – La lettre recommandée avec accusé de réception est un réel mode de preuve. Elle est conforme à l'article 1316 du code civil selon lequel « *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ». Par conséquent, il s'agit de ne pas passer à côté de certaines conséquences juridiques.

⁸³⁶ Blatter J-P., « De la suite dans les idées ? », AJDI 2015 p. 157

⁸³⁷ Y. Vaugrenard, rapporteur, Sénat 16 avr. 2014

⁸³⁸ C. com., Art. L. 145-9, réd. L. 18 juin 2014, art. 20

⁸³⁹ C. com., 1^{er} L. 145-9

⁸⁴⁰ C. com., Art. L. 145-4, al. 2 et L. 145-4, al. 4

⁸⁴¹ C. com., Art. L. 145-11

⁸⁴² C. com., Art. L. 145-10

Rappelons, dans cette optique, que « *la date de l'expédition d'une notification faite par la voie postale est celle qui figure sur le cachet du bureau d'émission. La date de la remise est celle du réceptionné ou de l'émargement. La date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire* »⁸⁴³.

228. Application immédiate. – Les nouvelles dispositions de l'article L. 145-9 furent stipulées d'application immédiate après l'entrée en vigueur de la loi, c'est à dire applicables depuis le 19 juin 2014, lendemain de la publication de la loi⁸⁴⁴. En outre, elles s'appliquent à tout contrat en cours⁸⁴⁵. Mais il n'aura pas fallu attendre plus d'un an, pour que le législateur revienne sur ces modalités de notification : en effet, après la loi Pinel, la loi Macron réforma la question.

b- Une innovation réaménagée, une première fois, par la « loi Macron »

229. Demande de renouvellement. – Dès l'adoption de la loi Pinel, les auteurs avaient pu noter une incohérence : la loi du 18 juin 2014 avait prévu la lettre avec accusé de réception pour le simple congé, mais la demande de renouvellement n'a pas été concernée par la réforme. Certains y ont même vu un oubli, la demande de renouvellement étant l'acte le plus couramment notifié par le locataire. Toutefois, cet « oubli » fut rapidement corrigé⁸⁴⁶ par la loi « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », dite « loi Macron »⁸⁴⁷.

230. Renoncement parlementaire à la suppression de cette innovation. – Dans son étude d'impact, au sein de la partie « *alléger les obligations de l'entreprise* », se trouvait une disposition relative à la faculté des bailleurs et des preneurs de signifier des actes par la voie de la lettre avec accusé de réception.

L'article 56 du projet de loi était rédigé ainsi :

« En matière de baux commerciaux, les relations entre bailleur et locataire sont soumises à un formalisme contraignant. De nombreuses décisions prises par l'une ou l'autre des parties au contrat de bail doivent être communiquées à l'autre partie sous la forme d'un

⁸⁴³ C. p.civ., Art. 669

⁸⁴⁴ C. civ., Art. 1, mod. par Ord. no 2004-164, 20 févr. 2014

⁸⁴⁵ la question s'était déjà posée après la loi du 22 mars 2012 : Cass. civ. 3^e, 3 juill. 2013, pourvoi n°12-21.541, Bull. civ. III, no 90

⁸⁴⁶ Monégier J., « Baux commerciaux », JCP E n°28, 9 juillet 2015, 1350

⁸⁴⁷ Dumur J.-P., « Après la loi Pinel, la loi Macron », Lexb. Hebdo A n°407, 8 janvier 2015

acte extrajudiciaire, c'est-à-dire par le recours à un huissier. Il s'agit de poursuivre cette logique de simplification et de diminution des coûts.

Le recours à un huissier a pour objet essentiel de donner date certaine à l'acte transmis. Cet objectif peut être rempli par une LRAR. L'article permet ainsi le recours à la lettre recommandée avec demande d'avis de réception tout en permettant aux parties, si elles le souhaitent, de recourir à un acte extrajudiciaire délivré par huissier »⁸⁴⁸.

Il s'agissait donc d'un prolongement direct de la loi Pinel et de son objectif de diminution des coûts.

Le projet de loi Macron prévoyait ainsi de supprimer totalement le recours à l'acte extrajudiciaire, dans les relations entre bailleurs et locataires, en prévoyant également d'étendre cette faculté à la demande de renouvellement⁸⁴⁹, à l'offre de local de remplacement⁸⁵⁰, à l'exercice de du droit de priorité en cas de reconstruction⁸⁵¹, à l'information de l'intention de procéder à une déspécialisation partielle⁸⁵², à la demande d'autorisation de procéder à une déspécialisation totale⁸⁵³ ou à la renonciation de procéder à une déspécialisation⁸⁵⁴.

Néanmoins, comme pour la loi Pinel au moment de son passage au Sénat, des amendements furent proposés devant la commission spéciale de l'Assemblée nationale du 17 janvier 2015. Invoquant la sécurité juridique, ces derniers proposaient, s'agissant du refus de la demande de renouvellement du preneur par le bailleur, de conserver l'obligation de recourir à l'acte extrajudiciaire. Au cours de cette réunion, le ministre émettait d'ailleurs un avis favorable.

Ainsi, la loi Macron était définitivement adoptée le 10 juillet 2015⁸⁵⁵, après que le gouvernement ait recouru à l'article 49-3 de la Constitution, et la liste des actes pouvant être notifiés uniquement par acte extra-judiciaire⁸⁵⁶, ainsi que ceux pour lesquels il sera possible de recourir à la lettre avec accusé de réception, fut de cette façon enfin fixée. Une certaine cohérence, suite aux discussions parlementaires, a donc été apportée à l'article 56 du projet de loi, en fonction de la gravité des effets attachés à telle ou telle notification.

⁸⁴⁸ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, exposé des motifs, art. 56

⁸⁴⁹ C. com., Art. L. 145-10

⁸⁵⁰ C. com., Art. L. 145-18

⁸⁵¹ C. com., Art. L. 145-19

⁸⁵² C. com., Art. L. 145-47

⁸⁵³ C. com., Art. L. 145-49

⁸⁵⁴ C. com., Art. L. 145-55

⁸⁵⁵ Loi Macron, Texte définitif n°565 adopté le 10 juillet 2015

⁸⁵⁶ Ce sont concrètement les actes pouvant mettre dangereusement en péril les intérêts du preneur

« La loi Macron a non seulement maintenu la possibilité pour le preneur de donner congé par LRAR, mais elle a aussi autorisé ce dernier à recourir à cette forme pour réaliser ses autres notifications »⁸⁵⁷.

231. Inégalité entre les parties. – Désormais, le congé avec offre de renouvellement du bailleur, la demande de renouvellement du preneur, l'information du bailleur d'un projet de sous-location⁸⁵⁸, ou la mise en œuvre d'une clause de régulation contractuelle de la cession du bail⁸⁵⁹ peuvent être réalisées par lettre avec accusé de réception.

En revanche, la solution est nettement moins avantageuse pour le bailleur, puisque la mise en œuvre de la clause résolutoire⁸⁶⁰, le refus de renouvellement du bailleur⁸⁶¹ ou le congé donné par le bailleur⁸⁶², se feront uniquement par voie d'acte extra-judiciaire. En effet, la loi Macron retire au bailleur la faculté de donner congé par lettre avec accusé de réception.

Selon certains auteurs, ce retour en arrière peut s'interpréter comme une « victoire du lobby des huissiers »⁸⁶³. Il s'agirait même selon eux d'une vraie « discrimination entre bailleur et preneur » puisque le second conserve la possibilité d'utiliser la LRAR pour donner congé, que ce soit tous les trois ans ou à tout moment.

232. Risque d'insécurité juridique rapidement souligné. – Ainsi, malgré toutes les réticences des praticiens, le Gouvernement a ouvert ce que Monsieur Dumur appela « la boîte de Pandore » sans se préoccuper, selon cet auteur, « des risques énormes que va faire courir aux parties la signification de leurs actes par LRAR et des conséquences catastrophiques qui pourront en découler, compte tenu des intérêts financiers en jeu en matière de baux commerciaux »⁸⁶⁴.

Comme l'ont souligné de très nombreux auteurs, même si la volonté du législateur de réduction des coûts est louable, et même si le recours à l'acte extra-judiciaire entraîne parfois de

⁸⁵⁷ Kendérian F., « Incidence sur le bail commercial du décret n° 2016-296 du 11 mars 2016 relatif à la simplification de formalités en matière de droit commercial », RTD Com. 2016 p.273

⁸⁵⁸ C. com., Art. L. 145-31

⁸⁵⁹ C. com., Art. L. 145-15

⁸⁶⁰ C. com., Art. L145-41

⁸⁶¹ C. com., Art. L. 145-17

⁸⁶² C. com. Art. L. 145-9

⁸⁶³ Kendérian F., « Incidence de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », dite loi Macron, sur le bail commercial », RTD com. 2015, 475

⁸⁶⁴ Dumur J.-P., « Après la loi Pinel, la loi « Macron », Lexb. Hebdo A. n° 407, 8 janvier 2015

nombreuses difficultés, celui-ci, par l'intervention d'un notaire, d'un professionnel du droit, voire d'un officier ministériel, offre une grande sécurité juridique pour des actes tels que le congé ou la demande de renouvellement qui figurent parmi les actes aux conséquences les plus graves pour le bail commercial.

La question est donc de savoir si la lettre recommandée avec accusé de réception, fût-elle moins onéreuse⁸⁶⁵, offre de telles garanties. Oui, si l'on en croit un ministre qui avait déclaré au Sénat, lors des débats parlementaires, que « *si l'acte extrajudiciaire coûtait environ trente-quatre fois plus cher que la LRAR, il n'était pas certain qu'il fût trente-quatre fois plus sûr* »⁸⁶⁶.

Non, si l'on écoute les parlementaires qui avait fait valoir que « *la simplification ne doit pas léser la sécurité juridique dans les hypothèses les plus graves qui comportent les conséquences les plus importantes pour les parties* »⁸⁶⁷.

Monsieur Dumur s'est très vite rangé derrière le second point de vue, considérant que « *si l'acte extrajudiciaire est trente-quatre fois plus onéreux que la LRAR, il est plus sûr bien au-delà de ce chiffre, ne serait-ce que parce que sa signification est couverte par la responsabilité civile professionnelle de l'huissier de justice qui le délivre, alors que la mise en cause de La Poste en matière de délivrance d'une LRAR paraît, sauf revirement peu probable de la jurisprudence, nettement plus aléatoire !* »⁸⁶⁸. Il rappelle également qu'un locataire qui « *se prendra les pieds dans le tapis* », au moment de donner congé à l'issue d'une période triennale, se retrouvera tout simplement tenu pour trois années supplémentaires.

Monsieur Blatter rappelle, quant à lui, que par le passé l'usage de la lettre recommandée avec avis de réception avait été admis par le décret du 30 septembre 1953, mais que le Parlement avait aussitôt fait marche arrière par une loi du 31 décembre 1953, en le remplaçant par l'acte extra-judiciaire. « *L'exemple de l'histoire* » était à suivre selon lui⁸⁶⁹. La suite, nous le verrons ensuite, lui donnera en partie raison⁸⁷⁰.

233. Non prise en compte de la vulnérabilité du locataire ? – Le risque juridique soulevé par l'utilisation de la lettre avec accusé de réception est également mis en avant par Madame

⁸⁶⁵ Téchené V., « La doctrine examine la loi Pinel », Lexb. Hebdo A. n° 396, 2 octobre 2014

⁸⁶⁶ Blatter J.-P., « De la suite dans les idées ? » AJDI 2015, p. 157

⁸⁶⁷ Séance AN du 7 janvier 2015, amendement N°SPE279 présenté par M. Lurton, M. Huyghe et M. Tetart

⁸⁶⁸ Dumur J.-P., ibidem

⁸⁶⁹ Blatter J.-P., ibidem

⁸⁷⁰ Infra n° 235 et s.

Legrand qui estime que le recours aux lettres recommandées sera privilégié par « *les parties les plus fragiles économiquement et donc celles les moins averties sur le plan juridique* »⁸⁷¹. Or, pour être valable il est nécessaire que le congé respecte un certain nombre de conditions et de délais. Par conséquent, les parties qui voudront éviter les frais occasionnés par un acte extra-judiciaire devront faire très attention à la forme et au fond.

Selon Monsieur Monéger, le législateur a « *raisonné en ignorant la chose, la personne, finalement concernée* »⁸⁷². En effet, selon l'auteur, en souhaitant rendre la pratique plus accessible, et plus simple pour le locataire, on fait le choix de confier à celui-ci la charge d'une mission dont les effets le dépasse. Le législateur a offert la possibilité au locataire « *d'ignorer le recours aux juristes qui savent délivrer aux destinataires pertinents les actes mettant en cause les droits qui résultent d'un bail commercial* ».

Les enjeux sont très importants⁸⁷³ et nécessitent de maîtriser les actes, les procédures et leurs conséquences. Il nous apparaît beaucoup plus sûr de continuer à recourir à l'acte extra-judiciaire en matière de signification. D'autant que les frais ne sont pas réellement exorbitants, au vu de la sécurité juridique offerte.

2- Les précisions ultérieures traduisant un certain renoncement du législateur

234. Pratique de la LRAR, imprécision sur la date à prendre en compte. – Les commentateurs considéraient, au lendemain des modifications opérées par la loi Macron, qu'une modification de l'article R. 145-1-1 du code de commerce serait inéluctablement nécessaire afin, notamment, de préciser, s'agissant des demandes de renouvellement, si la date d'effet de la lettre avec accusé de réception serait une nouvelle fois celle de la « *première présentation de la lettre* », ou si le législateur modifierait cette formulation fortement critiquée.

En effet, de nombreuses remarques, réserves et critiques, émises par la doctrine, envisageaient déjà les contentieux à venir sur la question de la date du congé à retenir, puisqu'auraient pu se confronter « théorie de l'envoi » et « théorie de la réception du courrier ».

Rappelons à nouveau que le code de procédure civile dispose que « *la date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est*

⁸⁷¹ Legrand V., « La réforme du régime des baux commerciaux » PA n°129, 30 juin 2014, p.5

⁸⁷² Monéger J., « En bail commercial, le bonheur est dans le « pré » », Loyers et Copr. n° 11, Novembre 2015

⁸⁷³ Brault P.-H., note sous Cass. civ.3^e, 9 sept 2014, pourvoi n°13-14.448, Loyers et copr. n°4, Avril 2015

apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire »⁸⁷⁴. De plus, selon les termes de l'article 2 du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014, pris en application de la loi Pinel, « lorsque le congé prévu à l'article L. 145-9 est donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date du congé » était celle « de la première présentation de la lettre »⁸⁷⁵.

Ainsi, la question restait en suspens puisque la jurisprudence n'a, pour le moment, jamais pu régler la question relative à la date de première présentation, de manière constante. On peut soulever le fait, qu'en matière de bail d'habitation, la Cour de cassation avait pu considérer que *« la date de réception de la notification d'un congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par le service de la poste lors de la remise de la lettre à son destinataire »⁸⁷⁶.*

On estimait, toutefois, que la présentation de la lettre recommandée devait être prise en compte : il apparaîtrait en effet abusif que le destinataire cherchant à refuser la lettre, ou à ne pas la retirer, puisse se prévaloir de l'inexistence du congé. Cette solution avait, d'ailleurs, déjà été retenue en jurisprudence, s'agissant de la notification du mémoire par lettre recommandée⁸⁷⁷.

Cependant, cela posait à nouveau une question que n'avait pas manqué de soulever certains auteurs. L'article L. 145-9, dernier alinéa du Code de commerce prévoit que le congé *« doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné »*.

Ainsi, dans quelle mesure le bailleur pouvait-il faire valoir que le délai de prescription était dépassé, si le destinataire de l'acte n'avait pu en être informé ? Monsieur Brault estimait qu'il s'agissait là *« d'une atteinte au bénéfice du droit au renouvellement ou à indemnité d'éviction dont le principe est consacré et sanctionné par l'article L. 145-15 »⁸⁷⁸.*

⁸⁷⁴ C. p.civ., Art. 669

⁸⁷⁵ C. com., Art. R.145-1-1

⁸⁷⁶ En ce sens Damas N., obs. sous Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2011, pourvoi n° 10-20.478, AJDI 2012., 121

⁸⁷⁷ Cass. civ. 3^e, 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-20.103, Bull. 2013, III, n° 128

⁸⁷⁸ Brault P.-H., « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en oeuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 » Loyers et copr. n° 12, Décembre 2014

235. Revirement législatif et précisions quant à la date de prise d'effet du congé. –

Malgré l'attente de précisions de la doctrine, et contrairement à ce à quoi l'on pouvait raisonnablement s'attendre, le législateur ne pourra jamais modifier l'article R. 145-1-1, dans la mesure où celui-ci a été abrogé par le décret n°2016-296 du 11 mars 2016, « *relatif à la simplification de formalités en matière de droit commercial* ».

En effet, la loi Macron du 6 août 2015 a opéré un premier revirement législatif en retirant aux bailleurs la possibilité de donner congé au locataire par lettre avec accusé de réception⁸⁷⁹. Comme signalé précédemment, selon l'article L. 145-9 du code de commerce, le congé avec refus de renouvellement se fait désormais uniquement par acte extra-judiciaire. Or, c'est cet article qui était cité en référence dans l'article R. 145-1-1 du même code. Dès lors, celui-ci était devenu obsolète⁸⁸⁰, ce qui justifia que le décret de 2016 le supprime. Le décret créa, en remplacement, une nouvelle section 6 dans la partie réglementaire du code de commerce nommée « *dispositions relatives au recours à la lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ». Cette section n'est pourtant constituée que du seul nouvel article R. 145-38 du code de commerce, créé par l'article 15 du décret, selon lequel :

« Lorsqu'en application des articles L. 145-4, L. 145-10, L. 145-12, L. 145-18, L. 145-19, L. 145-47, L. 145-49 et L. 145-55, une partie a recours à la lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date de notification à l'égard de celui qui y procède est celle de l'expédition de la lettre et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de première présentation de la lettre. Lorsque la lettre n'a pas pu être présentée à son destinataire, la démarche doit être renouvelée par acte extrajudiciaire ».

236. Les deux nouvelles dates prévues par le code de commerce. – De nouveaux problèmes ressurgissent avec deux nouveautés issues de ce texte, eu égard à la date de notification à prendre en compte. Le législateur ne procède pas comme en 2014, avec la loi Pinel, et ne choisit pas une, mais deux dates différentes.

En effet, pour celui qui envoie la lettre, la date de notification à prendre en compte est celle de l'expédition de la lettre. En revanche, pour celui qui reçoit la lettre, la date de notification à prendre en considération correspond à la date de première présentation de la lettre⁸⁸¹. Cette première nouveauté suscite quelques observations.

⁸⁷⁹ La loi fait ainsi « un pas en arrière » pour Monsieur Brignon : « Les baux commerciaux et les ventes de fonds de commerce après la loi Macron », JCP E n° 41, 8 Octobre 2015, 1484

⁸⁸⁰ Prigent J., « chronique de droit des baux commerciaux », Lexb. Hebdo A. n° 459, 24 mars 2016

⁸⁸¹ Rouquet Y., « Simplification des formalités en matière de bail commercial », DP 15 mars 2016

La date d'expédition pour celui qui notifie, ne devrait pas poser de problème pour ce qui est du calcul des délais de prescription : en effet, à titre d'exemple, Monsieur Prigent considère qu'on se référera à la date figurant « *sur le cachet du bureau d'émission* »⁸⁸².

Mais cela risque de ne pas être aussi simple pour la date de présentation de la lettre. Le texte n'exige pas « *la remise effective de la lettre au destinataire* »⁸⁸³. C'est-à-dire que la notification est en principe valable, que la lettre ait été remise en main propre au destinataire contre signature, ou qu'elle fasse l'objet d'un avis de passage du postier en son absence. Il pourrait s'agir d'une première insécurité juridique mais signalons, néanmoins, que l'on pourrait y voir la confirmation d'une solution jurisprudentielle. En effet, la Cour de cassation avait pu, en 2013, préciser que « *la formalité de notification du mémoire en fixation du prix est remplie lorsque son destinataire est à même de retirer la lettre recommandée présentée à son domicile* »⁸⁸⁴.

237. Ediction d'une règle en cas d'échec du congé par LRAR. – Une autre imprécision, plus problématique, est à trouver dans la dernière phrase du texte, selon laquelle « *lorsque la lettre n'a pas pu être présentée au destinataire, la démarche doit être renouvelée par acte extrajudiciaire* ». Il est, semble-t-il, fait allusion au cas où l'avis de passage n'aurait pas été possible, et où la lettre serait revenue à l'expéditeur à défaut d'avoir pu être présentée. Selon le texte, l'expéditeur est alors obligé de recourir à l'acte extra-judiciaire.

Les auteurs y ont vu le cruel aveu d'échec du législateur. On admet en effet, indirectement, l'insécurité juridique de la lettre recommandée. C'est ce que pense Monsieur Monéger pour qui « *les tares de la lettre RADAR sont ainsi reconnues par les auteurs du texte* »⁸⁸⁵.

238. Au vu de ce que l'on pourrait donc appeler un « échec » eu égard à la volonté initiale de simplification et de réduction des coûts du législateur, il est intéressant de relever que le décret-loi historique de 1953 avait en son temps, comme signalé précédemment⁸⁸⁶, autorisé le preneur à donner congé par envoi d'une lettre recommandée. Pourtant, quelques mois à peine⁸⁸⁷

⁸⁸² Prigent J., *ibidem*

⁸⁸³ Kendérian F., *ibidem*

⁸⁸⁴ Cass. civ. 3e, 16 oct. 2013, pourvoi n° 12-20.103, Bull. civ. III, n° 128

⁸⁸⁵ Monéger J., « Le formalisme de la délivrance des actes, demandes et congés, de la lettre recommandée à la recommandation de l'acte extrajudiciaire », Loyers et copr. 2016.

⁸⁸⁶ Supra n° 232

⁸⁸⁷ Par la loi n° 53-1346 du 31 décembre 1953 modifiant certaines dispositions du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires, en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal

après la promulgation de ce décret, le législateur supprima cette faculté. « *En prenant connaissance de cette modification législative « express » de décembre 1953 au regard des dispositions « Pinel-Macron » de 2014 et 2015 sur le nouveau mode de notification des actes, on ne peut s'empêcher de penser à Confucius : l'expérience est une lanterne qu'on porte dans le dos et qui n'éclaire que le chemin parcouru* »⁸⁸⁸.

239. Par l'assouplissement des règles relatives au congé, le législateur recherchait la diminution des coûts. Il était donc question d'équilibre financier. Ces nouvelles règles bénéficiant principalement au preneur, nous comprenons que l'objectif est de permettre à ce dernier d'obtenir plus facilement une position ferme de son bailleur quant à la suite à donner à leur relation contractuelle. C'est donc bien de la stabilité du preneur dont il était question. Nous allons maintenant constater, qu'historiquement, le législateur a également toujours recherché la stabilité et la protection de la partie faible par l'encadrement de la valeur du loyer.

Paragraphe 2- La recherche de stabilité et d'équilibre par l'encadrement de la valeur du loyer

240. « *Le décret du 30 septembre 1953 pose comme principe fondamental la correspondance du loyer à la valeur locative. Mais tout un système est en fait organisé par le législateur, qui aboutit à marginaliser ce principe. C'est là la grande contradiction de notre système* »⁸⁸⁹.

En quelques décennies, la méthode du législateur a beaucoup évolué, en ce qui concerne sa vision de l'équilibre économique du bail commercial : équité, marché, loyer judiciaire, éloignement constant entre valeur de marché et valeur judiciaire, sont quelques-uns des éléments que le législateur prit en considération. Pourtant, malgré cette évolution, un principe reste toujours central dans le statut des baux commerciaux, il s'agit de la valeur locative(A).

Nous verrons, cependant, que ce principe semble aujourd'hui être relégué au second plan. Tout ne serait plus, en effet, qu'encadrement par utilisation d'indices économiques. La réforme du droit des contrats de 2016, bien que ne pouvant s'appliquer directement au prix, et donc au loyer, pourrait néanmoins apporter indirectement quelques innovations, pour ce qui est de l'encadrement de la valeur du loyer, et donc de l'équilibre du contrat (B).

⁸⁸⁸ Dumur J.-P. « Le temps et le loyer du bail », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4

⁸⁸⁹ Bagnérès M.P., « Les modifications du loyer du bail commercial », thèse de doctorat sous la direction de Louis Rozes, 1995, Université Toulouse 1 Capitole

A) L'encadrement du loyer par la valeur locative : valeur originelle de référence

241. Si, historiquement, le législateur accorde à la valeur locative un rôle fondamental au sein du statut des baux commerciaux (1), il semblerait pourtant que la valeur locative ne soit désormais plus le principe mais l'exception (2).

1- Le rôle fondamental de la valeur locative, au sein du statut des baux commerciaux

242. Une valeur fondamentale est historiquement favorable au preneur. Il s'agit de la valeur locative (a). Celle-ci, nous semble-t-il, a pourtant été délaissée par le législateur (b).

a- La valeur locative : valeur historiquement favorable au locataire

243. Liberté quant à la fixation du loyer. – Le statut des baux commerciaux n'impose rien aux parties, quant à la fixation initiale du loyer du bail commercial. Le propriétaire est libre de fixer le montant et les modalités de paiement du loyer. C'est ce qu'on appelle le « jeu de l'offre et de la demande ». Mais, en pratique, plusieurs critères sont pris en compte, notamment lorsque le loyer est fixé par voie d'expert : c'est le cas notamment de la situation du bien, de la destination et la surface des lieux, et surtout de la « valeur locative ».

244. Respect de la valeur locative. – La valeur locative peut être définie comme « *le juste prix que le bailleur est susceptible d'obtenir de la location, compte tenu du jeu de l'offre et de la demande* »⁸⁹⁰. Le bailleur et le locataire peuvent demander la révision du loyer à la fin de chaque période triennale et, en vertu de l'article L. 145-33 du code de commerce, le loyer du bail renouvelé doit par principe correspondre à cette valeur. Celle-ci peut être fixée judiciairement, sans qu'aucune clause contenant des modalités de calcul ne puisse être imposée au juge⁸⁹¹.

La valeur locative fut introduite dans le code de commerce, par l'article 2 du décret de 1953, à l'article L. 145-33 du code qui va énumérer les différents critères permettant de la déterminer. Lorsque l'on en prend connaissance, on constate que le législateur cherche à définir la valeur locative en ne se plaçant que du point de vue du locataire, et en ne tenant compte que de l'avantage octroyé au preneur par l'immeuble donné en location. Notons également que depuis 1953, l'article L. 145-33 a évolué pour devenir toujours plus limitatif. A l'heure actuelle, cet article est rédigé de la manière suivante :

⁸⁹⁰ Collectif Le particulier, « Le bail commercial et professionnel » 2^e édition, Particulier et finances éditions, 2012, p. 46

⁸⁹¹ Boccara B., « Valeur locative : appréciation souveraine des juges du fond », AJDI 2015, p. 434

« Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative.

A défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après :

- 1- Les caractéristiques du local considéré ;*
- 2- La destination des lieux ;*
- 3- Les obligations respectives des parties ;*
- 4- Les facteurs locaux de commercialité ;*
- 5- Les prix couramment pratiqués dans le voisinage »⁸⁹².*

C'est ce que nous appellerons les « cinq critères statutaires » de la valeur locative⁸⁹³. Par rassemblement des cinq critères, on comprendra que trois éléments généraux ont réellement de l'importance : il s'agit de la compatibilité entre le local et l'exercice de l'activité déterminée, l'équilibre des droits et obligations fixées dans la rédaction du contrat de bail commercial, et les prix du voisinage qui, en fait, correspondent à l'insertion de la loi du marché au sein du code de commerce.

Selon Monsieur Planckel, on voit bien à la lecture des critères que pour le législateur « *c'est par la valeur locative que devait passer l'équilibre* »⁸⁹⁴. Cet article a pour fonction première d'imposer une diminution de loyer, au vu des obligations qui pèsent sur le locataire. En effet, pour aller dans le sens de Monsieur Planckel, si l'article fait référence aux obligations « des parties », nous comprenons bien qu'il ne s'agit en réalité que des seules obligations « imposées au locataire ». L'équilibre serait ainsi uniquement un équilibre « économique ». Selon d'autres auteurs, ces cinq critères seraient ainsi insuffisants pour définir la valeur locative.

245. Absence de prise en compte du chiffre d'affaires. – En effet, « *dans la réalité du marché, la valeur locative dépend directement du chiffre d'affaires du locataire* »⁸⁹⁵. Or, ce chiffre d'affaires ne figure absolument pas au sein de cet article, comme au sein d'aucun autre article du statut d'ailleurs. C'est pourtant bien par sa prévision que le preneur va choisir de s'engager pour un certain montant de loyer, puisque cela lui permet de calculer la rentabilité de sa future location : si le rapport « *prévisionnel de loyer / résultat d'exploitation* » n'est pas correct, le locataire cherchera à louer un autre local.

⁸⁹² C. com. Art. L. 145-33, modifié par la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 33 JORF 12 décembre 2001

⁸⁹³ Brignon B, « Facteurs locaux de commercialité et déplaçonnement du loyer », JCP E n° 4, 22 Janvier 2015, 1045

⁸⁹⁴ Planckel F., « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 5

⁸⁹⁵ Barbier J.-D., « Le loyer entre plafond et marché », AJDI 2000 p.495

Monsieur Barbier relève d'ailleurs qu'il « *existe des ratios par branche d'activités* » et que si « *certaines commerces peuvent supporter un loyer correspondant à 8 %, 9 %, voire 10 % de leur chiffre d'affaires* », « *d'autres commerces, tels les commerces de bouche, ne peuvent supporter qu'un loyer égal à 5 ou 6 % de leur chiffre d'affaires* »⁸⁹⁶.

Notons toutefois que d'autres auteurs ne partagent pas forcément ce point de vue. Selon Messieurs Monéger et Kenderian par exemple, « *l'équation selon laquelle le montant du loyer serait anormalement élevé dès que le preneur peine à le payer avec les produits de son exploitation est évidemment impertinente. Le loyer peut tout simplement être le revenu normal des fonds investis. Il doit alors être comparé au revenu tiré d'un investissement d'un montant identique sur les marchés financiers* »⁸⁹⁷. À défaut, selon eux, le législateur découragerait les investisseurs immobiliers.

246. Caractère général du critère de la destination. – Toujours selon Monsieur Barbier, l'autre critère (actuel) de la « destination » est d'une portée trop faible. Une destination identique entre deux contrats de baux différents ne permettra pas de prendre en compte la réalité de l'activité du locataire. A titre d'exemple, la restauration dans le bail commercial d'un « MacDonald's » n'est pas la même restauration que celle exercée dans un restaurant de cuisine traditionnelle. Selon lui, leurs marges et leurs chiffres sont incomparables. Pourtant, si l'on s'en tient au critère de la simple « *destination des locaux* », les loyers devraient y être identiques.

247. Finalité judiciaire de la valeur locative. – En dépit de ces critiques, la valeur locative, ainsi définie, est en principe et selon la volonté du législateur la valeur centrale dont doit dépendre tout le mécanisme d'encadrement légal du loyer dans le statut. Notons également sa finalité judiciaire puisque sur le fondement de l'article L. 145-38 du Code de commerce et de l'article L. 145-39 du Code de commerce (que ce soit de manière légale pour le premier⁸⁹⁸, ou par le jeu d'une clause d'indexation insérée dans le contrat par la partie pour le second⁸⁹⁹), le loyer pourra, à la demande d'une partie, être révisé pour être plus en adéquation avec ladite valeur locative.

⁸⁹⁶ Ibidem

⁸⁹⁷ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014 p. 535

⁸⁹⁸ S'il existe une modification notable des cinq facteurs locaux de commerciaux exposés précédemment : pour application de la règle cf Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015, pourvoi n° 13-27.267, et Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015 pourvoi n° 2015-011754

⁸⁹⁹ Si par le jeu d'une telle clause, le loyer a augmenté ou diminué de plus du quart par rapport au prix précédemment fixé

248. Valeur locative, un droit pour quelle partie ? – Nous notons un élément intéressant avec la valeur locative. Il s'agit du remaniement opéré par le législateur autour de cette notion pour, en principe, « *maintenir un équilibre entre les intérêts respectif des propriétaires et des locataires* »⁹⁰⁰. Celui-ci permet de constater que le législateur a changé en cours de route, et assez vite finalement, d'objectif.

Initialement, la valeur locative (nous pourrions dire la « valeur locative équitable », puisque c'était de cela dont il s'agissait en 1953), dans l'esprit du législateur, est une mesure de protection. En 1953, cet ajustement à la valeur locative était favorable au seul locataire : on limitait la hausse du loyer à la valeur locative⁹⁰¹. Pour banaliser le principe, la valeur locative était finalement la valeur maximale, donc dans l'esprit une valeur « faible », que le locataire devait payer.

En 2018, dans l'esprit, ce n'est plus le cas. Après des décennies de réformes, traduisant parfois les changements idéologiques du législateur, et de correction d'articles, le respect de la valeur locative n'est finalement plus un droit pour le locataire : il s'agit plutôt d'une espérance qui n'est quasiment plus atteignable par le propriétaire.

Tout d'abord, le loyer ne correspond plus du tout à la valeur locative. C'est un constat qui a, à nouveau, été fait par la doctrine, au moment d'analyser les dispositions relatives au lissage des augmentations de loyer de la loi Pinel⁹⁰² : quelle que soit la méthode de calcul, neuf ans ne suffisent jamais à atteindre la valeur locative.

Déjà bien avant la loi Pinel, on reproche au législateur, par son recours systématique à l'encadrement du loyer par plafonnement, de ne « *plus assurer une évolution du loyer conforme à la valeur locative mais, au contraire,* » de la « *dévier dans un sens favorable au locataire commerçant* »⁹⁰³.

Rétrospectivement, on constate qu'avant le décret de 1953, c'est-à-dire dans la loi de 1926, lorsque les arbitres devaient « *tenir compte de toutes considérations de fait et notamment de la situation économique* » pour déterminer la valeur du loyer, « *on était davantage dans l'équité* ».

⁹⁰⁰ JO ASS Nat 7 sept 1987 Adm nov 1987 P.34

⁹⁰¹ Brault C.-H., « Le calcul du plafonnement face à l'inadéquation des indices », GP n°11, 2017, p. 57

⁹⁰² Que l'on étudiera dans la deuxième partie de la thèse : infra n° 785 et s.

⁹⁰³ Bagneris M.-P. « Les modifications du loyer du bail commercial », Thèse pour le Doctorat en droit, Présentée et soutenue en Septembre 1995, Université Toulouse 1 Capitole

que dans le droit »⁹⁰⁴. Par la suite, la valeur locative équitable est créée en 1953, ce qui a surtout été une action favorable au bailleur, selon les auteurs qui relèvent une « *inflation soutenue* » et une « *hausse notable en cours de contrat* »⁹⁰⁵, pendant près de vingt ans.

La création d'une valeur locative statutaire, par l'intervention du législateur et l'introduction des cinq critères de commercialité, est un véritable changement d'approche. Celui-ci sera accentué, ensuite, par la création du plafonnement du loyer qui permettra d'atteindre « *l'objectif de l'époque : la protection accrue du locataire* »⁹⁰⁶, quitte à faire passer la valeur locative de principe à simple exception.

249. Remise en cause de la valeur locative dans la pratique. – Cette relégation s'explique d'autant plus par le « *traficotage des bailleurs* »⁹⁰⁷ qui a, depuis de nombreuses années, cherché à redéfinir la valeur locative de renouvellement, en changeant les critères légaux conventionnellement. L'arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 3 novembre 2016, arrêt rendu sur la question du loyer binaire, déjà signalé dans cette thèse⁹⁰⁸, apporte un nouveau raisonnement sur la valeur locative.

Rappelons que, dans cette affaire, un juge des loyers, ayant été saisi, admettait que le juge puisse fixer un loyer minimum garanti (contrairement à la jurisprudence théâtre Saint-Georges) à la condition que le juge fixe le loyer conformément à l'article L. 145-33 du code de commerce : c'est-à-dire qu'il devait impérativement le faire. Dans la mesure, justement, où la formulation était impérative, de nombreux auteurs se sont interrogés sur le caractère d'ordre public de l'article L. 145-33, et donc du principe du loyer à la valeur locative.

Si pour Monsieur Monéger⁹⁰⁹ ou pour Madame Auque⁹¹⁰, cette règle doit être considérée comme étant d'ordre public, le doute subsiste quant à la reconnaissance d'un « l'ordre public judiciaire »⁹¹¹ : on devrait, dès lors, déclarer nulles bon nombre de clauses admises pourtant dans la pratique. Ce serait, selon certains auteurs⁹¹², le cas des clauses fixant par avance le nouveau loyer renouvelé⁹¹³, des clauses prévoyant un loyer forfaitaire qui font obstacle à

⁹⁰⁴ Dumur J.-P., *ibidem*

⁹⁰⁵ Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

⁹⁰⁶ *Ibidem*

⁹⁰⁷ Barbier J.-D., « Le loyer commercial entre désordre contractuel et ordre public », GP n°11, 2017, p.53

⁹⁰⁸ *Supra* n° 73

⁹⁰⁹ Monéger J., « La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires », JCP G n° 52, 2016, 1415

⁹¹⁰ Auque F., « L'adaptation du bail aux contraintes économiques », RLDA 2012/12 n°77

⁹¹¹ Jacquin A., « L'éviction du juge par la jurisprudence », AJDI 2016, p.176

⁹¹² Barbier, *ibidem*

⁹¹³ Clauses que la jurisprudence déclarait pourtant valables : *cf* Cass. civ. 3^e, 15 mai 2008, pourvoi n°0714113

révision légale⁹¹⁴, des clauses fixant le loyer de renouvellement au plafonnement⁹¹⁵, ou encore de toutes les clauses modifiant les critères de détermination de la valeur locative⁹¹⁶. Si aucune affirmation ne peut être faite, à ce jour, sur le caractère d'ordre public judiciaire de cet article, Monsieur Planckeel considère que « *la Cour de cassation aura probablement l'occasion de préciser prochainement sa position, tant ces clauses sont fréquentes* »⁹¹⁷.

Cette relégation s'explique également par les choix opérés par le législateur.

b- La valeur locative, valeur de principe délaissée par le plafonnement du loyer

250. Le plafonnement, exception au principe de fixation à la valeur locative. – Le code de commerce, à l'article L. 145-34, pose directement une règle contraire à la valeur locative, en prévoyant que, sauf exception, le loyer du bail renouvelé doit être plafonné. La différence entre le nouveau et l'ancien loyer ne peut être supérieure à la variation de l'ILC ou de l'ILAT publiés par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE). Le plafonnement limite la variation de la valeur locative à la hausse uniquement. Cependant, le bailleur a la possibilité de procéder au « déplafonnement du loyer » dans certaines situations.

En effet, l'encadrement du loyer peut en revanche disparaître lorsque le bailleur peut, par exemple, justifier d'une modification des facteurs locaux de commercialité qui aurait entraîné une variation de plus de 10% de la valeur locative. En vertu de l'article L. 145-33 du code de commerce, « *à défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après : les caractéristiques du local considéré ; la destination des lieux ; les obligations respectives des parties ; les facteurs locaux de commercialité ; les prix couramment pratiqués dans le voisinage* ». Le plafonnement du loyer peut également être écarté pour les baux supérieurs à neuf ans, ou ceux supérieurs à douze ans à la suite d'une tacite reconduction.

251. Le droit du locataire au loyer minoré. – Pour résumer, lorsque la valeur locative est supérieure au loyer, sans modification des facteurs de commercialité, ou d'améliorations, il est impossible pour le bailleur d'obtenir un rehaussement du loyer supérieur à la variation de l'indice de référence.

⁹¹⁴ Admises également : cf Cass. civ., 30 janvier 2002, pourvoi n°00-15202, Bull. civ. 2002 III N° 21 p. 17

⁹¹⁵ Admises selon Cass. civ. 3^e, 2 juillet 97, pourvoi n°95-18870, Inédit

⁹¹⁶ Telles que les clauses fixant par avance surface pondérée des locaux : CA Paris 16^e ch B, 12 fev 1989 ; Cass 3^e civ 9 avril 2013 n°12-15002, inédit

Ou les clauses imposant la seule prise en compte des prix du marché : TGI loyers commerciaux 30 janvier 2012 n°10/02225

⁹¹⁷ Planckeel F., « Le grand retour du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », AJDI 2017. 36

Dès lors, comme nous l'avons expliqué précédemment⁹¹⁸, il s'agit finalement de la création d'un « véritable doit pour le commerçant de payer un loyer minoré »⁹¹⁹. La problématique du plafonnement du loyer, introduit par le décret n° 72-561 du 3 juillet 1972, est cruciale en matière de baux commerciaux. Tant et si bien qu'on ne sait d'ailleurs plus vraiment si le vrai principe est la valeur locative ou le plafonnement. Cette hésitation est confortée par la règle suivante : lorsque le bailleur cherche à écarter le plafonnement, il supporte toujours la charge de la preuve des motifs de déplafonnement⁹²⁰. C'est cette mesure qui laisse penser à certains auteurs que le principe est bien le plafonnement, et la fixation à la valeur locative l'exception⁹²¹.

252. Volonté originelle de simplification. – Pourtant, dans l'esprit du législateur, la règle du plafonnement respecte simplement la volonté initiale des parties, puisqu'elle tend à maintenir, autant que possible, le montant fixé initialement par les parties. S'il l'introduit, à la base, dans un souci de simplification, le législateur ne souhaite absolument pas renier la place de la valeur locative au sein du statut. Au contraire, il cherche à éviter les contentieux sur son montant, et à obtenir une technique simple de détermination.

253. Le plafonnement, source de complexité du statut. – Néanmoins, voilà bientôt vingt ans que les commentateurs tels que Derrupé dénoncent « *le mal qui ronge le statut des baux commerciaux* »⁹²², à savoir la règle du plafonnement. Celle-ci, « *héritée d'un contexte fortement inflationniste* », celui des trente glorieuses, aurait une « *compréhension pour le moins ardue, si ce n'est impossible* »⁹²³.

Les auteurs relèvent⁹²⁴ que lorsque l'économie, et la politique, actuelles se libéralisent de manière assumée, les règles du législateur concernant la valeur du loyer de bail commercial évoluent pour aller vers toujours plus de complexité, et d'encadrement. Tant et si bien que l'enchevêtrement des règles, jugées inintelligibles, fait de la valeur locative un montant de loyer que le bailleur pourra, s'ils les appliquent correctement, obtenir exceptionnellement.

⁹¹⁸ Supra n° 248

⁹¹⁹ Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

⁹²⁰ En ce sens, Barbier J.-D., note sous Cass. civ. 3^e, 28 sept. 2004, GP 2005, p. 1309

⁹²¹ Auque F., « Les baux commerciaux, théorie et pratique », LGDJ, n° 210, 1996

⁹²² Derrupé J., note sous arrêt CA Versailles 12^e chambre, deuxième section 26 novembre 1998, RJC n°1530, 1999, p. 215

⁹²³ Miron E., ibidem

⁹²⁴ Bagneris M.-P., « Les modifications du loyer du bail commercial », Thèse pour le Doctorat en droit, Présentée et soutenue en Septembre 1995, Université Toulouse 1 Capitole

La complexité vient, entre autres, du fait que les règles d'encadrement de la hausse du loyer est source de confusions. D'une part, les parties distinguent parfois mal la différence entre indexation conventionnelle et révision légale. D'autre part, tous les mécanismes de plafonnement ne sont pas d'ordre public : rappelons, en effet, que le plafond de la révision légale triennale de l'article L. 145-38 du code de commerce est d'ordre public, alors que le plafond de la variation du loyer lors du renouvellement, prévu par l'article L. 145-34 du même code, ne l'est pas.

Enfin, des régimes dérogatoires existent pour certains types de baux, ou pour les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans, dans la mesure où, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'exposer, il existe de nombreux sous-statuts au « sein même du statut »⁹²⁵. Les parties peuvent également prévoir une clause recette, dans le contrat de bail, ce qui aura pour effet d'exclure tout plafonnement, alors pourtant que ces clauses ne sont même pas envisagées dans le code de commerce : c'est ce que qui nous avait conduit à parler de sous-statut « en marge du statut »⁹²⁶.

254. Le plafonnement, règle reniant le droit de propriété. – Selon les auteurs⁹²⁷, le plafonnement est une règle antiéconomique, inéquitable, source de litiges et dépourvue de sens. En vertu de celle-ci, « *les propriétaires sont les seuls acteurs économiques à être privés sans motif valable du revenu normal de leurs biens* »⁹²⁸. Cet état de fait, paraît bien contestable sur le plan constitutionnel, tant on pourrait considérer que la règle du plafonnement a pour effet de priver le bailleur de son droit de propriété, principe constitutionnel. Cette situation est d'autant plus intrigante que tout le monde s'accorde à dire, qu'en droit français, le droit de propriété est un des droits les plus sacrés.

La question de la constitutionnalité de la règle du plafonnement, bon nombre d'auteurs se la sont posée⁹²⁹, d'autant plus que la question prioritaire de constitutionnalité a été quelques fois exercée en justice. En 2014, Monsieur Monéger, s'agissant du plafonnement du loyer, considérait que s'il était « *légitime de pallier les effets d'une crise économique en choisissant des mesures qui empruntent à la temporalité de celle-ci, ses effets et sa durée, prévoir une règle*

⁹²⁵ Supra n° 59

⁹²⁶ Supra n° 73

⁹²⁷ Barbier J.D., « le loyer entre plafond et marché », AJDI 2000, p.495

⁹²⁸ Boccara B., « Un statut des baux commerciaux, pour quelles raisons ? », AJDI 2000, 493

⁹²⁹ Cf notamment Planckeel F., « Constitutionnalité de l'article L. 145-39 », AJDI 2013, 434

et Rouquet Y., « Plafonnement du loyer, liberté contractuelle et droit de propriété », DP 8 sept. 2011

légale permanente conduisait (cependant) à rompre le principe de proportionnalité et portait atteinte au droit de propriété en privant le propriétaire du revenu normal de ses biens »⁹³⁰.

Plus récemment, en 2016, le même auteur semblait sous-entendre que le fait que la règle n'ait pas encore été jugée inconstitutionnelle tenait simplement au fait que les demandes ont été, jusqu'à présent, mal formulées. Selon lui, « *dans un marché locatif où les loyers inclinent à la baisse, il y a peu de cas où ce mécanisme peut s'avérer spoliateur* ». Peut-être faudrait-il que la Cour de cassation « *qui n'a pas hésité à se saisir d'office de l'inconventionnalité d'une disposition légale, le fasse de l'inconstitutionnalité, après transmission aux parties et au procureur général pour observations* »⁹³¹.

255. Sanction du propriétaire, voire du non-professionnel. – Selon Monsieur Dumur, la « *réforme du 3 juillet 1972 est probablement celle qui a le plus remis en cause l'équilibre* »⁹³² du bail commercial. C'est à partir de cette réforme qu'on a vu se créer, et se développer, ce que les commentateurs ont appelé, pendant des années, les « premiers effets pervers de la loi ». Le plafonnement aurait même « *été la cause de choquantes inégalité* »⁹³³. Il est étonnant, en effet, de faire de la valeur locative le principe, affirmé par les dispositions du code de commerce, en s'efforçant par la suite « *d'en empêcher l'application* »⁹³⁴. Admettre que le législateur a abandonné l'objectif de juste loyer, pour poursuivre le seul but de protection du locataire peut avoir, dès lors, tout son sens.

Nous constatons, sans pour autant généraliser, que le locataire supporte sans sourcilier les règles du marché lorsqu'il s'agit, dans son commerce par exemple, de fixer des prix de vente relativement élevés, eu égard au prix d'achat. Dans ce cadre, le jeu de l'offre et de la demande paraît acceptable. Dès lors, pourquoi admettre que le commerçant fixe librement ses prix, et puisse contester cette liberté à son bailleur, dans la redéfinition du montant du loyer ? Cela pourrait tout à fait se comprendre en matière de logement d'habitation. Or, pour ce qui est du bail commercial, rappelons à nouveau que, très souvent, le locataire est professionnel quand le bailleur ne l'est pas. Ainsi, on en arrive à sanctionner le non-professionnel.

⁹³⁰ Monéger « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014 p.535

⁹³¹ Monéger J., « Rien ne sert de courir, il faut partir à point : à propos d'une QPC enthousiaste », Loyers et copr. n° 12, 2016

⁹³² Dumur J.-P., « Le temps et le loyer », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4

⁹³³ Bagneris M.-P., ibidem

⁹³⁴ Ibidem

256. Poursuite de protection du locataire. – Le législateur a continué dans cet esprit avec la loi Pinel. Celui-ci aurait pu faire le choix d'affirmer le caractère d'ordre public de l'article L. 145-13, et ainsi faire de la valeur locative le seul et unique principe⁹³⁵. Mais, par ajout d'un quatrième alinéa à l'article L. 145-34 du code de commerce, il mit en place un « *plafonnement du déplafonnement du loyer* ». Celui-ci sera étudié dans la seconde partie de la thèse⁹³⁶.

2- L'encadrement du loyer par les indices économiques

257. Nécessité économique d'évolution. – Lorsque le législateur intervint en 2014, il fut relevé que, depuis plus d'une dizaine d'années, l'évolution trimestrielle de l'indice du coût de la construction (ICC) de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), devenue incontrôlable, inquiétait fortement les preneurs. C'est pour prendre en compte cette inquiétude qu'une négociation tripartite eut lieu entre le Gouvernement et les associations représentant des centres commerciaux et des sociétés immobilières et foncières. Le Conseil du commerce de France et L'Union nationale des propriétaires immobiliers avaient également pris part aux discussions. A l'issue de la négociation, l'indice des loyers commerciaux (ILC) voyait le jour.

La loi Pinel devait, dès lors, modifier la réglementation concernant l'encadrement des loyers, en corrigeant leur système d'indexation, et en réglementant leur augmentation suite au déplafonnement, par création d'un nouveau plafonnement.

258. Rappelons que, par principe, le loyer du bail commercial peut être révisé, à la demande du bailleur ou du locataire⁹³⁷, tous les trois ans. A côté de cette faculté, peut être insérée dans le contrat de bail une clause d'indexation automatique, que l'on appelle « clause d'échelle mobile »⁹³⁸. Le loyer évolue, dans ce cas, automatiquement en fonction de l'évolution d'un certain indice, choisi par les parties, et le statut s'en trouve partiellement écarté.

En principe, les parties sont libres de choisir l'indice de référence sur lequel elles souhaitent indexer le bail commercial. Il est cependant nécessaire que l'indice choisi soit en relation directe avec l'activité exercée. Il s'agissait de la seule restriction. La loi Pinel procède à l'insertion dans le statut de deux nouveaux indices (a). Leur mise en place a pu susciter des interrogations (b).

⁹³⁵ Monéger J., « Baux commerciaux », JCP E n°28, 9 juillet 2015, 1350

⁹³⁶ Infra n° 785 et s.

⁹³⁷ C. com. Art. L. 145-38 et R. 145-20

⁹³⁸ Pour une définition, Brignon B., « Définition de la clause d'échelle mobile et jeu de l'article L. 145-39 du Code de commerce relatif à la variation de plus du quart du loyer », JCP E n° 27, 3 Juillet 2014, 1372

a- Insertion de nouveaux indices par la loi Pinel

259. ICC, ancien indice unique de référence. – L'indice du coût de la construction (ICC)⁹³⁹ a longtemps été l'unique indice cité par le code de commerce : il l'a été pendant près de cinquante ans. Visé aux articles L. 145-38 et L. 145-34 du code de commerce, l'ICC permettait de calculer le plafonnement du loyer, en révision ou en renouvellement, en traduisant l'évolution du marché pour les locataires et les bailleurs. Devenu l'indice de référence, il était quasi systématiquement inséré dans les clauses d'échelle mobile⁹⁴⁰.

260. Dérèglement de l'ICC. – Toutefois l'ICC était, ces dernières années, devenu incontrôlable en raison notamment de sa composition. Il dépendait principalement des transactions entre maîtres d'ouvrage et entreprises, donc du marché du bâtiment. Son principal défaut était d'exclure la charge foncière. L'achat massif de matière première par la Chine et l'Inde a notamment perturbé l'ICC. La situation était devenue défavorable aux preneurs qui voyaient progressivement leur loyer augmenter en même temps que cet indice. Ainsi, en 2006, le taux d'ICC s'élevait à 7 %.

261. Création de deux nouveaux indices. – En 2008, la loi de modernisation de l'économie (LME) a instauré un nouvel indice, l'indice des loyers commerciaux (ILC). Le champ d'application de celui-ci est défini par l'article D. 112-2 du code monétaire et financier, et vise les « *activités commerciales et artisanales définies par décret* ». Le champ exclut donc les activités exercées dans les locaux à usage exclusif de bureaux, les plateformes logistiques et les activités industrielles⁹⁴¹.

Puis, la loi du 17 mai 2011 dite de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a créé l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT)⁹⁴². Celui-ci est entré en vigueur grâce au décret n° 2011-2028 du 29 décembre 2011. L'ILAT est réservé aux activités tertiaires autres que les activités commerciales et artisanales. Parmi elles on retrouve notamment les activités des professions libérales et celles effectuées dans des entrepôts logistiques.

⁹³⁹ Publié par l'Insee sur la base 100 au 4^e trimestre 1953

⁹⁴⁰ Répertoire Lexis, « Bail commercial. Loyer. Révision du loyer. Clause d'échelle mobile », Fasc. 1415, J.CI Notarial

⁹⁴¹ C. com Art. L. 110-1, 5°

⁹⁴² Brault P.-H., « À propos de l'indice des loyers des activités tertiaires "ILAT" », Loyers et copr. févr. 2012, p. 3
Jacquin A., « L'entrée en vigueur de l'ILAT suscite des interrogations », GP 18 févr. 2012, I8787, p. 20

262. Insertion des indices par la loi Pinel. – Si l’ICC est en pratique toujours l’indice le plus utilisé, le législateur a, sans doute dans le but de promouvoir l’ILC et l’ILAT et d’entériner leur suprématie, a purement et simplement supprimé toute référence à l’indice du coût de la construction⁹⁴³. Ne subsistent donc plus, au sein du code de commerce, que l’ILC et l’ILAT.

Le législateur a considéré que l’ICC ne reflétait pas l’évolution des prix et aboutissait à des augmentations excessives du loyer⁹⁴⁴. Or, malheureusement pour le gouvernement, dans les premiers temps l’ICC n’a fait que baisser. En effet, Si l’on regarde les résultats de l’année 2009, l’ICC a pu perdre jusqu’à 5,77% en fonction des trimestres. Alors que dans le même temps, l’ILAT enregistrait une hausse allant jusqu’à 2,70%, et l’ILC une hausse allant jusqu’à 2,73%. Ainsi, Au troisième trimestre 2013, L’ICC affichait -2,18%, l’ILAT +0,66% et l’ILC +0,28%.

Notons, toutefois, que, dans un premier temps, les chiffres publiés par l’INSEE le 7 janvier 2014 actaient une nouvelle baisse annuelle de l’ICC de 2,18% par rapport au troisième trimestre 2012. Les mauvaises prévisions du législateur furent pointées du doigt : effectivement, créer deux nouveaux taux, très proches de l’ancien, n’était probablement pas l’objectif premier du gouvernement.

Mais, assez rapidement, les choses se rééquilibrèrent, et les deux taux se sont bien avérés plus protecteurs des commerçants. Pour ce qui est de la situation actuelle, et des effets de ces indices sur l’évolution globale des loyers, Monsieur Monéger relève en janvier 2018 que, « *rapportés à l’inflation, ceux-ci ont un effet équivalent à celui d’un gel des loyers* »⁹⁴⁵. L’objectif initial du législateur est donc atteint, même s’il est toutefois à noter, qu’au « *quatrième trimestre 2017, l’ILC augmente plus vite que l’ILAT* »⁹⁴⁶.

263. Cohabitation de trois indices. – Ainsi, que ce soit en révision ou en renouvellement, le plafonnement du loyer, pour les baux conclus ou renouvelés depuis le 1er septembre 2014, doit désormais se calculer à partir de l’ILC ou de l’ILAT.

L’ILC est composé à hauteur de 50 % par l’indice des prix à la consommation, de 25 % par l’indice du coût de la construction et de 25 % par l’indice du chiffre d’affaires du commerce de

⁹⁴³ C. com., Art. L. 145-34 et L. 145-38, réd. L. 18 juin 2014, art. 9

⁹⁴⁴ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.97

⁹⁴⁵ Monéger J., « Enquête sur les indices : ICC, ILC, ILAT, IRL », Loyers et copr. n° 1, Janvier 2018

⁹⁴⁶ Rouquet Y., « Loyers commerciaux au quatrième trimestre 2017 : l’ILC augmente plus vite que l’ILAT », DP mars 2018

détail. Quant à lui, l'ILAT est composé à hauteur de 50 % par l'indice des prix à la consommation, de 25 % par l'indice du coût de la construction et de 25 % par l'indice du produit intérieur brut en valeur.

Puisque la suppression de l'ICC ne concerne que le plafonnement, les parties restent libres de s'y référer pour l'évolution du loyer. Les auteurs rappellent, en effet, que la Cour de cassation⁹⁴⁷ a par le passé permis l'utilisation cumulative de deux indices d'indexation : il « *en résulte que, même si le prix du bail est indexé sur l'ICC, l'une des parties pourra demander la révision triennale dont le plafond sera calculé sur la base d'un autre indice* »⁹⁴⁸.

Mais, en pratique, son maintien dans un bail avec indexation pourra poser des difficultés, dans la mesure où cela consiste à rajouter en complexité : les parties se contraignent, dans ce cas, à calculer l'évolution du loyer avec un indice, et calculer le plafonnement avec un autre.

264. Depuis l'introduction des nouveaux indices, on peut faire un premier bilan quant au choix de l'ILC ou de l'ILAT en fonction des catégories de commerçants. L'ILC a été choisi par 80% des centres commerciaux, et par 40% des « petits locataires de centre-ville ». Quant à l'ILAT, celui-ci a concerné majoritairement les baux à usage de bureaux, les plateformes logistiques et les activités libérales.

b- Difficultés d'ordre pratique découlant de la mise en place des nouveaux indices

265. Les nouvelles dispositions du statut devraient donc, progressivement, conduire à l'éviction de l'ICC, au profit de l'ILAT et l'ILC. Il reste cependant quelques incertitudes quant à l'application de ces nouveaux indices.

α- Difficultés quant aux activités ne rentrant pas dans le champ des indices

266. Champ d'application de l'ILAT, imprécision. – L'ILC a un champ très large, donc cela ne pose pas beaucoup de problème. En effet, l'article L. 112-2 du code monétaire et financier parle d'activités commerciales et artisanales.

⁹⁴⁷ Cass. civ. 3e, 16 déc. 1998, pourvoi n°96-22.490, Bull. civ. III, no 246, et Cass. civ. 3^e, 30 janv. 2002, pourvoi n°00-15.202, Bull. civ. III, no 21

⁹⁴⁸ Garbit P., *ibidem*

L'ILAT, quant à lui, semble avoir un champ plus difficile à cerner⁹⁴⁹. L'article L. 112-2 parle d'activités « *autres que tertiaires* ». Or, on ne sait pas vraiment ce que sont des activités qui ne sont pas tertiaires. S'il est reconnu que l'enseignement, les professions libérales ou la logistique, le sont, on ne sait, par exemple, pas dans quelle catégorie rentrent les activités d'agence bancaire ou de voyage. Il s'agit même selon certains auteurs « *d'un casse-tête chinois* »⁹⁵⁰.

Oublier de créer une indexation pour certaines activités, cela est peut-être la traduction que l'évolution du commerce, de l'économie et du profil du preneur, n'a, sans doute, pas été prise en considération. Selon Madame Chaoui, « *cette situation a conduit le législateur à prendre des mesures qui créent une insécurité juridique patente et dont l'utilité est discutable (...) alors que, dans certains cas, ni l'indice des loyers commerciaux ni l'indice des loyers des activités tertiaires ne sont applicables, comme en matière de locaux industriels* »⁹⁵¹.

267. Pertinence d'un indice unique ? – Certains auteurs et praticiens⁹⁵² regrettent que, dans un souci de simplification (objectif pourtant affiché par le gouvernement), le législateur n'ait pas choisi d'instituer un unique indice d'indexation. Monsieur Monéger rappelle, d'ailleurs, que cela avait été suggéré lors des états généraux des baux commerciaux, en octobre 2013⁹⁵³, puis par le sénateur Claude Bérut-Débat lors de la Commission mixte paritaire, au moment des débats parlementaires à l'origine de la version finale de la loi.

Il est en effet relevé que les évolutions de l'ILAT et de l'ILC « *s'inscrivaient dans des fourchettes si faibles, que rien ne légitimait leur dualité* »⁹⁵⁴. Encadrer les augmentations de loyer, par le jeu d'un unique indice, aurait suffi, selon ces commentaires, à effacer « *les effets de l'inflation pour maintenir une rentabilité légitime de l'investissement immobilier commercial du bailleur* » et, ainsi, à ne pas affecter « *la rentabilité de l'investissement commercial réalisé par le preneur* »⁹⁵⁵.

⁹⁴⁹ Jacquin A., *ibidem*

⁹⁵⁰ Dumur J.-P., « Le bétisier de la loi Pinel en 10 stations », AJDI 2014, p.821

⁹⁵¹ Chaoui H., « La négociation et la conclusion du bail commercial : incidence de la réforme du droit des contrats », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016

⁹⁵² Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi N°2014-626 du 18 juin 2014 », RTD Com 2014, p.535

Chavance E., « Le loyer après la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 15

⁹⁵³ Brault P.H., in Collectif d'auteurs, « États généraux des baux commerciaux », ed. Litec, juin 2014

⁹⁵⁴ Monéger J., *ibidem*

⁹⁵⁵ *Ibidem*

β- Difficultés quant aux modalités de calcul du plafonnement, basées sur ces nouveaux indices

268. Difficulté liée à la période « transitoire » de 9 ans. – L’ILC et l’ILAT sont respectivement publiés depuis le deuxième trimestre 2007 et le premier trimestre 2008. Or, pour calculer le déplafonnement, il est nécessaire de connaître la variation de l’indice sur neuf ans, ou plus de neuf ans en cas de renouvellement du bail commercial⁹⁵⁶.

Dès lors, le législateur a promulgué une nouvelle règle, censée faciliter le calcul, prévoyant que le taux de variation de l’indice devra être calculé sur neuf ans à l’aide d’un indice connu depuis quatre ans. A défaut d’autres précisions, et la règle n’apportant finalement pas simplification, on se retrouve face à une lacune *intra legem*⁹⁵⁷ qui devra probablement être comblée par l’interprétation des juges, conformément à l’article 4 du Code civil. Cela devrait, une nouvelle fois, conduire à une jurisprudence encore bien fournie dans les années à venir.

A l’heure actuelle, trois modes de calculs différents du plafonnement du loyer, pouvant être utilisés par les parties, ont été dégagés par les auteurs. La première méthode consisterait, tout d’abord, à reporter la loi nouvelle, et à appliquer ainsi la loi Pinel au « *renouvellement des baux renouvelés à compter du 1er septembre 2014, c’est-à-dire seulement à partir de 2023* »⁹⁵⁸.

La seconde solution reposerait sur le maintien de l’ICC « *jusqu’à ce que l’on connaisse les nouveaux indices sur toute la période nécessaire au calcul du plafonnement* »⁹⁵⁹, c’est-à-dire, pour l’ILC en 2019, et pour l’ILAT en 2020.

Enfin, en combinant les indices, ce qui serait une atténuation de la précédente règle, l’ILC ou l’ILAT pourraient être appliqués « *sur la période où ils existent* »⁹⁶⁰, en se servant de l’ICC comme base sur la période antérieure. Il s’agirait selon Monsieur Barbier de la règle la plus convenable⁹⁶¹. Messieurs Kenderian et Monéger conseillent, quant à eux, de ne pas recourir à l’ICC pour l’indexation du bail. En effet, cela risquerait de compliquer fortement les calculs⁹⁶².

⁹⁵⁶ Sur la période variation nécessaire : Prigent J., note sous Cass. civ. 3^e, 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.576, F-D, Lexb. Hebdo A. n° 411, 5 février 2015

⁹⁵⁷ Barbier J.-D., « Plafonnement du loyer : quel calcul ? », GP n° 329, 25 novembre 2014, p. 12

⁹⁵⁸ Ibidem

⁹⁵⁹ Ibidem

⁹⁶⁰ Ibidem

⁹⁶¹ Barbier J.-D., « Le calcul du plafonnement face à l’inadéquation des indices », GP n°11, 4 mars 2017, p. 57

⁹⁶² Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi N°2014-626 du 18 juin 2014 », RTD Com 2014, p.535

269. Non-suppression de l'ICC. – Rappelons, pour conclure, que la suppression de l'ICC, applicable aux contrats conclus ou renouvelés depuis le 1er septembre 2014, ne concerne que le calcul du plafonnement du loyer. Il peut toujours être utilisé dans les clauses d'indexation. L'ICC n'a d'ailleurs pas été supprimé de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, selon lequel « *est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction, publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques* ».

Cette non suppression pourrait toutefois être considérée comme anormale. En effet, dans la mesure où l'indice est considéré comme néfaste par le législateur, pourquoi ce dernier n'a-t-il pas tout simplement interdit le recours à celui-ci pour les nouveaux contrats, ou les contrats renouvelés ?

A défaut de précisions, les parties devront donc éviter les confusions et penser à bien faire la distinction entre indexation conventionnelle et plafonnement légal du loyer en révision et en renouvellement.

270. La dernière réforme du droit des contrats de 2016 pourrait apporter une autre manière d'encadrer le loyer que par le seul jeu des critères économiques.

B) L'encadrement du loyer par le nouveau droit des contrats

271. Réforme et protection de la partie faible. – L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. En intégrant au code civil bon nombre de principes tirés du droit spécial de la consommation et du droit de la concurrence, la réforme poursuit un objectif clair : il s'agit de protéger la partie faible au sein du rapport contractuel, afin de rééquilibrer celui-ci, lorsque l'équilibre de la relation apparaît compromis.

Le législateur paraît ainsi reléguer au second plan le principe de la force obligatoire des conventions, afin de mettre en avant une certaine forme de justice contractuelle. Afin de rendre cette recherche d'équilibre plus facile, le code civil intègre donc désormais de nouvelles obligations, notamment celles de transparence, d'information, de bonne foi, tant avant que pendant la vie du contrat.

272. Actions unilatérales. – Ainsi, l'équilibre serait protégé, aussi bien une fois le contrat signé, qu'avant que celui-ci ne soit négocié. Paradoxalement, alors que nous avons pu mettre en avant la nouvelle place du juge, dont les pouvoirs seraient accrus, c'est également l'indépendance des co-contractants qui est également renforcée, dans la mesure où chacune d'elles pourra désormais, puisque dotée d'une véritable carte d'actions unilatérales, combattre l'inexécution du contrat.

C'est dans ce cadre, que certains auteurs voient, dans cette évolution, un changement de philosophie par lequel le droit des contrats, nouveau, adopterait une analyse purement fondée sur l'économie. La réforme s'intéressant au prix, le loyer du bail commercial devrait être concerné par cette évolution, que ce soit de façon directe (1) ou indirecte (2).

1- L'encadrement indirect du loyer par la sanction des clauses abusives

273. Déséquilibre significatif. – « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* »⁹⁶³. Cette citation est tirée d'un des textes les plus discutés, issu de la réforme du droit des obligations de 2016 selon Madame Fenouillet⁹⁶⁴.

En effet, le déséquilibre significatif, déjà envisagé par le droit de la consommation⁹⁶⁵ et le droit de la concurrence⁹⁶⁶, a été inséré dans le code civil, par la réforme du droit des obligations de 2016, et figure désormais à l'article 1171 du code civil, dont l'alinéa 1^{er} correspond à la précédente citation. Celui-ci a vocation à appliquer la sanction du réputé non écrit à toute clause abusive figurant dans un contrat d'adhésion, dont les clauses auraient pu être imposées à l'une des parties.

Rappelons que la ratification de la réforme de 2016 a apporté une légère modification au texte, puisque, à compter du 1^{er} octobre 2018, le déséquilibre significatif doit sanctionner « *toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties* ».

274. Champ d'application du texte. – Il ne s'agit pas ici de traiter, en détail, les modalités de contrôle du déséquilibre significatif, ainsi que de son impact sur l'équilibre général du bail

⁹⁶³ C. civ. Art. 1171, alinéa 1^{er}, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

⁹⁶⁴ Fenouillet D., « Le juge et les clauses abusives », RDC 2016, p. 358

⁹⁶⁵ C. consom., Art. L. 132-1

⁹⁶⁶ C. com., Art. L. 442-6-I-2°

commercial : ceci sera fait plus tard⁹⁶⁷. L'intérêt, ici, pourrait être d'autant plus limité qu'en ce qui concerne le loyer, l'alinéa second de l'article 1171 semble réduire l'intérêt d'une telle étude à ce stade de la thèse puisque « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

Mais notons d'ores et déjà que le champ d'application de ce mécanisme, bien que cantonné par la première version de la réforme, à savoir celle entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, et par la redéfinition du contrat d'adhésion par les parlementaires au moment de la ratification de la loi, semble assez vaste et que par conséquent « *les baux commerciaux, pour les clauses qui ne sont pas déjà réglementées, pourraient être soumis au contrôle judiciaire de leur contenu* »⁹⁶⁸. En effet, nombreux sont les auteurs qui se sont déjà penchés sur « *l'application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux* »⁹⁶⁹.

275. Indexation et loyer renouvelé fixé par avance. – Le loyer du bail commercial pourrait finalement bien être concerné, indirectement, par la réforme du droit des contrats puisque, s'agissant de l'encadrement actuel de l'évolution du loyer, subsiste tout d'abord le très abondant contentieux sur l'indexation, et puisqu'ensuite se multiplient les clauses fixant par avance le loyer de renouvellement pour éviter la fixation ultérieure du juge. Ces deux types de clauses pourraient être intéressées par le nouveau déséquilibre significatif car elles ne concernent pas « *l'objet principal du contrat* » visé par l'article 1171.

276. Objet principal du bail commercial. – Comme le souligne Madame Auque⁹⁷⁰, la définition de « l'objet » du contrat, pour les baux commerciaux, est à trouver dans le droit de la consommation, et dans le droit européen. Il s'agirait des « *prestations essentielles de ce contrat qui, comme telles, caractérisent celui-ci*⁹⁷¹ », c'est-à-dire, « *pour un bail, de la mise à disposition de l'immeuble moyennant un certain prix* ».

L'auteur rappelle également que, si le déséquilibre significatif ne peut pas concerner directement le prix (et donc le loyer), il doit toutefois être apprécié au regard de l'ensemble contractuel et, qu'ainsi, le prix doit être pris en considération. La fixation d'un loyer « peu élevé » pourrait ainsi trouver justification au regard d'une lourde transmission des charges

⁹⁶⁷ Infra n° 475 et s.

⁹⁶⁸ Licari F.-X., « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », RLDC N° 144, 2017

⁹⁶⁹ Barbier J.-D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », GP 5 juill. 2016, p. 55

⁹⁷⁰ Auque F., « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

⁹⁷¹ CJCE, 30 avr. 2014

locatives sur la tête du locataire. Le raisonnement inverse pourrait également se justifier, lorsqu'un loyer « plus élevé » serait prévu dans le cas où le locataire n'aurait qu'une faible quantité de charges à assumer.

277. Caractère accessoire des clauses faisant varier le loyer – Toujours selon Madame Auque, la vraie question serait plutôt celle de la nature « d'accessoire » des clauses faisant varier le loyer.

Il s'agit donc, pour ce qui est clauses d'indexation, de se demander si ces dernières sont « accessoires » et peuvent donc constituer des clauses abusives, puisque ne correspondant pas à l'objet principal du contrat. Madame Auque relève, qu'en vertu de l'article 1167 du code civil, « *lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus* »⁹⁷², et qu'ainsi l'indice est « *un élément de référence* » ce qui, par définition, ne « *permet pas de considérer les clauses d'indexation comme de simples accessoires* »⁹⁷³.

En ce qui concerne le second cas de figure, celui des clauses qui par avance fixent le futur loyer de renouvellement par, notamment, la prévision des éléments de détermination de la valeur locative, la question est plus délicate. En effet, dans ces clauses, il n'est pas question du loyer tel que figurant dans le bail en cours, mais du prix du bail à venir (du bail à renouveler). Le contrat à venir, le bail renouvelé, ne serait pas encadré par l'alinéa 2 de l'article 1171, tel que cité précédemment. On pourrait, donc, considérer que la clause fixant le loyer du bail à venir pourrait être jugée abusive et visée par le déséquilibre du bail commercial en cours d'exécution.

Il n'y a évidemment, à l'heure actuelle, aucune certitude à avoir. Cependant, il nous semble que le déséquilibre apparaît réel dans ce deuxième cas de figure : le locataire devient la seule partie qui assume un risque, le bailleur étant, quoi qu'il arrive à l'avenir, à l'abri de toute fixation judiciaire du loyer, et ne jouit d'aucune possibilité de discuter et négocier les termes contractuels du nouveau contrat relatif au loyer. Ceci apparaît contraire à l'esprit des nouveaux textes du code civil.

278. Malgré l'exclusion du prix prévu par le dispositif du déséquilibre significatif du code civil, il apparaît donc important de faire preuve de prudence, pour ce qui de l'aménagement

⁹⁷² C. civ. Art. 1167, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

⁹⁷³ Auque F., *ibidem*

contractuel du loyer. La nouvelle réduction unilatérale du prix pourrait en revanche s'appliquer, de manière plus directe, aux baux commerciaux.

2- L'adaptation du loyer par la réduction unilatérale du prix

279. Il s'agit d'analyser au préalable l'applicabilité de ce nouveau mécanisme **(a)**, avant de prendre en considération les modifications que la ratification de l'ordonnance en 2018 a apporté à celui-ci **(b)**.

a- Applicabilité du nouveau mécanisme de la réduction unilatérale aux baux commerciaux

280. Caractère unilatéral de l'action. – Unilatérale puisque qu'en cas de non-exécution du contrat, désormais, le créancier de celui-ci se voit offrir par le nouveau droit des contrats, plusieurs actions à mener à l'encontre de son débiteur, notamment celle de la réduction unilatérale du prix.

Celle-ci figure au nouvel article 1223 du code civil selon lequel, depuis la ratification de l'ordonnance de 2016, donc depuis le 1^{er} octobre 2018, *« en cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix »*.

281. Une nouvelle réfaction – Il s'agit, ni plus ni moins, de la technique de la réfaction que l'on trouvait dans les ventes commerciales⁹⁷⁴, par laquelle la non-exécution, en partie, d'une obligation figurant dans un contrat, par exemple la livraison d'un produit, donnait lieu par modification dudit contrat, à une réduction à proportion de l'obligation réciproque, par exemple du paiement d'un prix.

Notons que ce mécanisme figurait déjà dans le code civil, mais ne concernait que des cas très précis, par exemple s'agissant de l'action de l'article 1644 applicable en cas de vices cachés, et rendaient indispensable l'intervention d'un juge.

⁹⁷⁴ François C., « Présentation de l'article 1223 de la nouvelle sous-section 3 « La réduction du prix », Ressources Open Access de l'institut d'études judiciaires Jean Domat, iej.univ-paris1.fr

282. Un remède plutôt qu'une sanction. – Désormais la résolution unilatérale est possible pour tout contrat, par la simple technique de la « notification » au débiteur. Toutefois, le code civil impose une mise en demeure préalable qui serait restée infructueuse : « *sans celle-ci, aucune réduction de prix ne peut plus être sollicitée* »⁹⁷⁵.

En réalité, la première version de cet article issue de l'Ordonnance de 2016 prévoyait que « le créancier (pouvait), après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix et que s'il n'avait « *pas encore été payé, le créancier notifi(ait) sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais* ».

Ainsi, le législateur semblait vouloir instaurer une négociation préalable obligatoire. Néanmoins, cette idée de « discussion entre les parties » était déjà très vite oubliée par l'article, dans la mesure où son alinéa second semblait permettre au créancier « *de décider unilatéralement de réduire le prix* »⁹⁷⁶. En effet, dès lors que la mise en demeure n'avait pas trouvé réponse, ou dès lors que la partie adverse n'avait pas souhaité accepter une telle diminution de prix, le créancier avait le droit de la lui notifier⁹⁷⁷.

Quelques mois avant l'entrée en vigueur de l'article, certains auteurs mettaient en avant le fait qu'il ne s'agissait pas vraiment d'une sanction, mais plutôt d'un remède. Ce point de vue était, notamment, partagé par Monsieur Deshayes qui expliquait récemment que « *la réduction partielle de prix était un remède fondamentalement différent de l'allocation de dommages et intérêts (...) plus difficile à expliquer si l'on fonde la réduction de prix dans la responsabilité* »⁹⁷⁸. La réflexion avait d'ailleurs, avant même la réforme du droit des obligations, déjà été menée par d'autres auteurs qui considéraient que « *la restitution partielle du prix agit bel et bien comme la réparation d'un dommage proprement contractuel* »⁹⁷⁹.

283. Réduction unilatérale et loyer. – La réduction unilatérale du prix semble pouvoir trouver application en ce qui concerne le loyer du bail commercial. Il s'agira principalement du locataire mis en position de pouvoir demander une diminution du loyer, en cas de non-exécution du bailleur de son obligation de délivrance : « *il lui appartiendra simplement de signifier*

⁹⁷⁵ Quin A., « Réforme du droit des contrats : la sanction de la réduction du prix entre dans le Code civil », <http://www.altajuris.com/>, 23/05/2016

⁹⁷⁶ Rosa F., avec Dondero B., in « MOOC Droit des contrats », Vidéo S3.4

⁹⁷⁷ Chantepie G., « Réduction du prix et résolution par notification » in « La réforme du droit des contrats en pratique », Latina, Dalloz, 2017, p. 85

⁹⁷⁸ Deshayes O., « Réduction du prix et préjudice réparable », RDC n°01, mars 2018

⁹⁷⁹ Rouvière F., note sous Cass. civ. 3^e, 28 janv. 2015, pourvoi n° 13-27397, D. 2015, p. 657

*préalablement une mise en demeure et compte tenu le plus souvent d'un règlement périodique du loyer, de notifier au bailleur sa décision de réduire le prix »*⁹⁸⁰.

Toute la difficulté réside évidemment dans l'aspect « proportionnel » d'une telle diminution, et dans la manière dont bailleur et locataire pourraient se mettre d'accord sur l'appréciation du préjudice subi par le locataire. En effet, il pourrait être difficile de savoir à quel point la délivrance est imparfaite, ou sur quels critères fonder la détermination d'un pourcentage à appliquer au loyer à titre de réduction. Serait-ce par exemple au vu de la surface exploitable par rapport à celle initialement prévue dans le contrat, et compte tenu de l'activité à exploiter ?

Il appartiendra, probablement, au juge, dans le futur, de préciser comment doit être calculé un tel pourcentage, et comment le locataire devra le justifier dans sa mise en demeure, dans sa notification, et éventuellement dans sa demande judiciaire.

284. Méthodes de calcul de réduction probables. – En attendant une future clarification, certains auteurs, comme Monsieur Chénéde⁹⁸¹, ont déjà eu l'occasion d'apporter leur façon d'appréhender la « réduction proportionnelle ». Pour ce dernier, l'erreur serait de penser que le bon calcul, à effectuer, est un calcul « *par différence* ».

La bonne méthode de calcul serait fondée sur un « *rapport géométrique dit par quotient* », sur une vraie proportion, ce qui justifierait justement que la réduction ne soit pas une simple réparation. L'auteur rappelle, en effet, que le calcul de dommages-intérêts est obtenu par la différence entre ce qui était annoncé par le débiteur, et ce qui a été obtenu par le créancier, soit :

« Prix réduit = prix convenu – (valeur de marché prestation promise – valeur de marché prestation reçue) ».

Mais l'auteur affirme que, pour ce qui est du calcul de la réduction, calcul tantôt effectué par la partie unilatéralement, tantôt par le juge en cas de judiciarisation du débat, la bonne formule est celle-ci :

« Prix réduit = prix convenu X (valeur de marché prestation reçue / valeur de marché prestation promise) »

⁹⁸⁰ Brault C.-H., « Les remèdes à l'inexécution du bail commercial », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

⁹⁸¹ Chénéde F., « La réduction du prix », RDC n°03, 15/09/2017, p. 571

Pourquoi ne pas y voir une application possible pour les baux commerciaux, comme suit :

« Loyer réduit = Loyer initial X (valeur locative de ce qui a été effectivement délivré au preneur / valeur locative de ce qui avait été promis au preneur) »

Dans le même ordre d'idée, nous pensons possible d'effectuer le calcul du loyer réduit par le rapport suivant :

« Loyer réduit = Loyer initial X (surface exploitable / surface promise au preneur) »

L'état des lieux à l'entrée du locataire dans les locaux pourrait apparaître particulièrement précieux, dans la mesure où certains baux commerciaux, à tort, ne prévoient parfois pas précisément la surface du local mis à la location.

285. Article supplétif. – Selon toute vraisemblance, l'article 1223 du code civil n'apparaît pas être un article d'ordre public. Dès lors, l'aménagement conventionnel apparaît tout à fait possible, même recommandé, pour certains contrats tels que le bail commercial. S'il est possible que puisse être admis la possibilité d'écartement total de la réduction du prix⁹⁸², sans que cela ne puisse être considéré comme une pratique abusive, d'autres auteurs ne partagent toutefois pas cet avis, pour les contrats d'adhésion⁹⁸³, considérant qu'en vertu des nouvelles dispositions du code civil une telle clause pourrait bien être considérée comme une clause abusive au regard du nouveau déséquilibre significatif de l'article 1171. Nous partageons particulièrement cet avis.

Rappelons, en outre, que le bail commercial est un parfait exemple de contrat d'adhésion. Il semble, dès lors, plus judicieux de stipuler, dans le contenu du bail commercial, les conditions d'application de la réduction unilatérale, en prévoyant les différents cas de figure dans lesquels elle pourrait être utilisée ou en donnant clairement le calcul à effectuer.

b- Les précisions et les modifications apportées par la ratification de l'ordonnance en 2018

286. Réécriture du texte. – Au moment de ratifier l'ordonnance de 2016 réformant le droit des contrats, processus « *plus compliqué et plus long que prévu, un accord en commission mixte paritaire sur les dispositions les plus discutées n'ayant été trouvé que le 14 mars dernier* »⁹⁸⁴,

⁹⁸² Delebecque P., « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr. et patri., 2016, p. 62

⁹⁸³ Bénabent A. in Chénédé F., ibidem

⁹⁸⁴ Lemay P., « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ? », D. 2018, p.567

les députés ont enrichi le texte de plusieurs explications⁹⁸⁵, et ont opéré quelques modifications à l'article 1223. En effet, le nouvel article 1223 du code civil de 2018 est désormais rédigé de la façon suivante :

« En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ».

Par cette réécriture les parlementaires ont donc apporté plusieurs clarifications.

287. Modalités de mises en œuvre de l'action. – La première clarification est en effet relative aux modalités de mise en œuvre. Deux situations sont désormais à distinguer : la première étant celle dans laquelle le prix n'a pas encore été réglé, et la seconde celle dans laquelle celui-ci l'aurait déjà été.

Dans le premier cas de figure, la réduction peut bien être unilatérale. Mais dans le second, ce qui correspondrait pour le bail commercial à la situation où le locataire aurait déjà payé le loyer initialement prévu au contrat, la réduction est « *nécessairement judiciaire* »⁹⁸⁶.

Les députés apportent donc une réponse à la principale question qu'avait fait naître, en doctrine notamment, l'article 1223⁹⁸⁷. Le nouvel article 1223, corrigé, signifierait donc dorénavant que le créancier peut « *notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix* »⁹⁸⁸.

288. Remise en cause du caractère unilatéral de la réduction ? – Notons que l'article 1217 du code civil, chargé par l'ordonnance de 2016 d'énumérer les différentes sanctions possibles en cas d'inexécution du contrat, et qui comportait la possibilité de « solliciter une réduction du prix », a été corrigé pour faire apparaître la possibilité « *d'obtenir une réduction*

⁹⁸⁵ Rapport. AN n° 429, 29 nov. 2017, p. 87-88.

⁹⁸⁶ Chénédé F. « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJ Contrat 2018, p.25

⁹⁸⁷ cf Chantepie G., ibidem

⁹⁸⁸ Chénédé F., ibidem

de prix ». Il est ainsi permis de remettre en question le caractère unilatéral de la réduction de prix. En effet, quelle pourrait être autrement la fonction de l'acte par lequel le débiteur accepte la diminution ? Nous pourrions en effet y voir une étape obligatoire conditionnant la possibilité de réduire unilatéralement le prix. Pour cette raison existe actuellement, en doctrine, deux interprétations opposées du nouveau texte quant au caractère unilatéral de la réduction de prix.

Monsieur Chénédé affirme qu'il s'agit toujours d'un mécanisme unilatéral⁹⁸⁹. Il rappelle que l'ajout de la phase « d'acceptation » du débiteur a été effectué par l'Assemblée Nationale, qui cherchait uniquement à priver ce dernier d'un droit de contester, par la suite, la diminution. Ce ne serait, dès lors, pas une remise en question de l'unilatéralisme du mécanisme. Le Sénat, non satisfait, préféra quant à lui enlever cet dénégation de droit à la contestation postérieure⁹⁹⁰. Néanmoins, cette suppression s'est faite en gardant le reste de l'alinéa créé par les députés de l'Assemblée. C'est ce qui permet de dire à Monsieur Chénédé que l'ajout final ne change en rien l'unilatéralisme de la sanction de la réduction proportionnelle du prix.

Si nous suivons cet avis, le créancier pourrait donc bel bien prendre le risque de décider, seul, de la réduction du prix et, ainsi, le locataire pourrait disposer d'une nouvelle arme lui permettant de contester la légitimité du paiement total du loyer, en cas de faute du bailleur.

Pourtant, pour d'autres auteurs, notamment Olivier Deshayes, la modification de l'article 1223 par la loi du 20 avril 2018 « *frise la bévée législative, mine le caractère unilatéral de la mesure et peut faire craindre qu'une réduction non suivie d'une acceptation ne suffise pas à produire effet, ce qui serait regrettable* »⁹⁹¹. Ainsi, toute l'immédiateté de la réduction unilatérale issue de l'ordonnance de 2016 serait réduite à néant, puisque désormais, pour que la réduction produise effet unilatéralement « *l'acceptation du débiteur fautif est désormais nécessaire* ».

Bien sûr, pour pouvoir reste désormais à savoir quelle valeur la jurisprudence donnera à cette « acceptation ». Est-elle obligatoire, ou alors n'est-elle qu'une reconnaissance facilitant la preuve du manquement, et valant abandon de la partie fautive de toute contestation future possible ? La réponse sera probablement apportée dans les années à venir par la jurisprudence.

⁹⁸⁹ Ibidem

⁹⁹⁰ Rapp. n° 247 de François Pillet, déposé le 24 janv. 2018, art. 9

⁹⁹¹ Deshayes O., « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations JCP G n° 18, 30 avril 2018

289. Conclusion du Paragraphe. – Pour conclure ce paragraphe, il nous semble que les règles figurant dans le statut concernant l'évolution, la fixation ou la détermination du loyer commercial, sont beaucoup trop complexes. L'erreur a probablement été de conserver le principe de la valeur locative, tout en voulant l'assortir d'exceptions, et de régimes dérogatoires. On finit par ne plus comprendre les règles, d'une part, et l'esprit de ces règles, d'autre part.

Les différentes lois, les changements d'idéologies ont successivement complexifié l'ensemble du statut. Plutôt que la réforme en profondeur, et la création d'un nouvel ensemble cohérent, le choix a été celui de l'ajustement et de la simple correction. Par conséquent, rien n'a empêché le développement de clauses de loyer très complexes dans la pratique. Selon Monsieur Barbier, avec la création du plafonnement par exemple, on a vu « *le législateur multiplier les erreurs, corriger, et remplacer un bon texte par un mauvais* », et cela uniquement « *à la demande d'investisseurs* »⁹⁹².

Le contexte économique, la libéralisation et la dureté du commerce imposent, d'une part, aux acteurs économiques de rechercher des solutions avantageuses et, d'autre part, aux juges de trouver la solution équilibrée entre application stricte du statut et décision teintée de souplesse. Dans ce contexte, peut-être que les nouvelles règles rejaillissant du nouveau droit commun pourraient offrir des alternatives réjouissantes. Pour le savoir, il faudra attendre que le temps fasse son œuvre, notamment pour ce qui est de la lutte contre le déséquilibre de pouvoirs au sein du bail commercial.

SECTION 2 - LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE RAPPORT DE FORCE ENTRE LES PARTIES

290. Déséquilibre de pouvoir et principe de proportionnalité. – Il est intéressant de sortir un peu de l'approche purement économique et d'envisager l'équilibre par la prise en compte du contrat non seulement comme un « *instrument d'échange, mais aussi un lieu de pouvoir* »⁹⁹³. En effet, dans bon nombre de rapports contractuels, une partie au contrat possède un véritable avantage dans la relation, par lequel celle-ci, jouissant d'un rapport de force favorable, est mise dans la capacité d'imposer à l'autre ce qu'elle veut.

En matière de bail commercial, ce sera par exemple la rédaction d'une clause par laquelle « le preneur prend les lieux en l'état sans pouvoir revendiquer quoi que ce soit », ou celle par

⁹⁹² Barbier J.-D., « La réforme sans forme », GP n°40, février 2002, p.5

⁹⁹³ Chantepie G., « La notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

laquelle le locataire admet qu'en cas de conflits, ou de condamnation en lien avec un trouble de voisinage, il ne pourra jamais se retourner contre son bailleur. Ce sera également, plus traditionnellement, la clause mettant la plupart des impôts et travaux à la charge du locataire.

La standardisation des baux commerciaux est la principale responsable du développement de ce type de clauses. Comment appréhender le déséquilibre dans de tels cas de figure ? Comment savoir si le preneur a bien eu le choix d'accepter de telles concessions ? Comment le législateur fait-il pour éviter un tel déséquilibre ? Nous pourrions, en outre, considérer que le déséquilibre reflète, en réalité, une inégalité préexistante⁹⁹⁴. On en revient à cette idée déjà abordée en début de thèse selon laquelle le bail commercial est par nature déséquilibré⁹⁹⁵.

Cette question n'est pas nouvelle, et fut déjà traitée en doctrine. Nous la retrouvons, par exemple, à la fin des années 90, au sujet de l'application du principe de « proportionnalité » en droit des contrats. Comme l'écrivait Monsieur Carbonnier, ce principe est alors une sorte d'équilibre raisonnable du contrat⁹⁹⁶, puisque la proportionnalité est alors « *un instrument au service du respect de l'équilibre voulu par les parties* »⁹⁹⁷. L'appliquer consistait à accepter que l'équilibre désiré par les partis, au moment de la rédaction du contrat, pouvait être en vérité déséquilibré, y compris dans les contrats conclus entre professionnels. C'est ainsi que Monsieur Mestre relevait l'existence de véritables « clauses de pouvoir »⁹⁹⁸ qui ne sont pas abusives en elles-mêmes « *mais qui peuvent le devenir par leur exercice, comme la clause permettant au fournisseur de fixer le prix, ou encore comme les clauses de prorogation unilatérale dans les baux* »⁹⁹⁹. La proportionnalité sert, en conséquence, à « *modérer l'exercice de ce pouvoir* », en sanctionnant « *les excès de ce pouvoir, sans pour autant tendre à instaurer un véritable équilibre objectif dans le contrat* »¹⁰⁰⁰ et en s'abritant, par exemple, derrière « *le contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, la sanction des excès, des déséquilibres ou encore du déraisonnable* »¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁴ Chantepie, *ibidem*

⁹⁹⁵ *Supra* n° 29

⁹⁹⁶ Carbonnier J., « Droit civil, Introduction », Thémis, P.U.F., 25e éd., 1997

⁹⁹⁷ Behar-Touchais M., « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Rapport introductif », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.3

⁹⁹⁸ Mestre J., in Mazeaud D. et Jamin C., « Les clauses abusives entre professionnels », *Economica*, p.157

⁹⁹⁹ Behar-Touchais M., *ibidem*

¹⁰⁰⁰ Behar-Touchais M., « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Conclusion », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.68

¹⁰⁰¹ Molfessis N., « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.21

Dans cet encadrement « *des influences réciproques qui s'exercent entre les éléments subjectifs et les éléments objectifs de l'acte juridique* »¹⁰⁰², il est ainsi question d'instaurer une certaine « justice contractuelle »¹⁰⁰³ dans une situation où les parties ne disposent pas des mêmes forces.

Relevons, néanmoins, qu'une partie importante de la doctrine n'est pas favorable au rééquilibre du contrat par la sanction de l'abus de pouvoir. A ce titre, Monsieur Mazeaud, rappelant l'importance de la liberté contractuelle dans l'évaluation de l'équilibre de la convention, considérait que du déséquilibre qui pouvait avoir été accepté par les deux parties dépendait bien souvent la perdurance de la « *prévisibilité inhérente au contrat* ». L'auteur reconnaissait, toutefois, qu'il ne devait aucunement être question de « *se résigner à admettre, sur l'autel de la liberté contractuelle, les injustices les plus criantes, autrement dit les déséquilibres contractuels excessifs qui n'ont d'autre justification que l'impossibilité pour un des contractants de négocier le contrat, dont le contenu est donc unilatéralement et arbitrairement déterminé par son partenaire* »¹⁰⁰⁴.

S'agissant des baux commerciaux, nous constaterons que le législateur essaie véritablement de lutter contre le déséquilibre de pouvoir dans une situation de soumission contractuelle (**Paragraphe 1**) ou dans une situation d'opposition contractuelle (**Paragraphe 2**). Les termes de « soumission » et d'« opposition » doivent préalablement être expliqués. Ces derniers ne paraissent, en effet, pas antinomiques. Dans le raisonnement qui sera le nôtre, le contexte de soumission sera celui où le contrat, tel que rédigé, n'est pas viable pour la partie qui a dû s'y soumettre lors de la formation du contrat. Celui, de l'opposition, correspondra à la situation où cette même partie, plus tard dans l'exécution, sera en confrontation directe avec son co-contractant. Dans cette seconde situation, le législateur lui offre des règles lui permettant de passer outre les dispositions, prévues tant légalement qu'illégalement au moment de la formation du contrat. La soumission contractuelle et l'opposition contractuelle, bien que présentant quelques similitudes, nous semble, ainsi, devoir être étudiées séparément, ne serait-ce que pour démontrer que le rapport de force, entre les parties, a son importance aussi bien dans la formation que dans l'exécution du contrat.

¹⁰⁰² Hauser J., « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », L.G.D.J., 1971

¹⁰⁰³ Calais-Auloy J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD Civ., 1994, p.

245

¹⁰⁰⁴ Mazeaud D., « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.12

Paragraphe 1- La lutte contre le déséquilibre dans une situation de soumission contractuelle

291. La réforme du droit des obligations de 2016 s'est intéressée aux vices du consentement qui donnent la possibilité à une partie au contrat de contester la validité d'une convention déjà formée (A), ce qui pourrait avoir des conséquences sur la pratique des baux commerciaux (B).

A) Consécration de l'état de dépendance comme vice du consentement : lutte contre l'abus de faiblesse

292. Introduction d'une solution jurisprudentielle. – Il s'agit là d'une intégration de jurisprudence dans le droit commun. En effet, rappelons que les différents vices du consentement, présents dans le code civil, sont l'erreur, la violence et le dol. Pour ce qui est de la violence, la jurisprudence avait eu l'occasion de poser la règle selon laquelle celle-ci pouvait constituer en un abus de dépendance économique¹⁰⁰⁵, situation dans laquelle un co-contractant profitait de la faiblesse de l'autre partie pour imposer ses volontés. Ainsi, l'ordonnance de la réforme de 2016 introduit cette solution jurisprudentielle à l'article 1143 du code civil, en modifiant celui-ci et en proclamant, une première fois, qu'il « *y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* »¹⁰⁰⁶.

293. Tous les cas de dépendance. – Il y a toutefois une innovation par rapport à l'état de dépendance, tel que défini par la jurisprudence, puisque le rapport du président de la République¹⁰⁰⁷ expliquait que l'état de dépendance ne s'arrêtait pas à la seule dépendance économique¹⁰⁰⁸, et concernait tous les cas de dépendance.

Les auteurs ont interprété ce vaste champ d'application en considérant que, par conséquent, l'état de dépendance devait « *s'entendre dans un sens général et viser la situation d'une personne qui a perdu son autonomie par rapport à une autre, la dépendance pouvant être économique, affective, voire psychique* » et que « *cette notion dépasse dès lors le simple champ économique pour s'étendre à des domaines aussi divers que ceux du droit du travail ou du droit*

¹⁰⁰⁵ Cass. civ. 1^{er}, 3 avr. 2002, pourvoi n° 00-12.932, Bull. 2002 I N° 108 p. 84

¹⁰⁰⁶ C. civ. Art. 1143, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

¹⁰⁰⁷ Rapport au président de la République relatif à l'Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « *Paragraphe 2 : Les vices du consentement* ».

¹⁰⁰⁸ Contrairement à la jurisprudence antérieure : Cass civ. 1^{er}, 18 févr. 2015, pourvoi n° 13-28.278, Bull. civ. I, no

de la famille »¹⁰⁰⁹. On pouvait, dès lors, légitimement envisager l'application du texte au domaine locatif.

294. Lutte contre l'abus de faiblesse. – La réforme a affiché deux objectifs distincts, à savoir la lutte contre le déséquilibre significatif, et la lutte contre l'abus de faiblesse. Il s'agit d'ailleurs d'une particularité intéressante à relever, dans la mesure où d'autres pays européens, opérant des réformes similaires dans leur droit des contrats respectifs, avaient plutôt choisi d'opter pour un contrôle unique. Le législateur français choisit, quant à lui, une « *nette séparation entre contrôle subjectif des vices du consentement et le contrôle objectif de licéité du contenu* »¹⁰¹⁰. Cela doit absolument être pris en compte pour étudier l'esprit du texte, avant d'envisager son application pratique.

295. Équilibre dans la formation du contrat. – Ainsi, notre nouveau droit des contrats envisage d'un côté la nullité pour vice de dépendance, et de l'autre la sanction du déséquilibre significatif. Dit autrement, on crée un contrôle de l'équilibre dans la formation du contrat, et un contrôle de l'équilibre dans le contenu. Monsieur Barbier rappelle que cette nette distinction s'est, en vérité, opérée dans les « *tous derniers temps de gestation de la réforme* », et que c'est à ce moment que le législateur choisit de conditionner la nullité pour état de dépendance par la présence d'un « *avantage manifestement excessif* », ce qui exclura, dès lors, « *l'annulation des contrats conclus au prix du marché* »¹⁰¹¹.

Certains commentaires y voyaient un possible effet négatif¹⁰¹², dans la mesure où ce nouveau vice du consentement pourrait inciter certains cocontractants à adopter quelques comportements malhonnêtes, à savoir le reniement de leurs engagements, ou même l'utilisation du risque de nullité du contrat, comme forme de chantage. Ainsi, l'article pouvait « *ouvrir la voie à la contestation des contrats de toutes les personnes en situation de faiblesse* »¹⁰¹³. Ce serait économiquement contre-productif.

C'est probablement ce potentiel effet négatif qui poussa la commission mixte paritaire, chargée de ratifier la réforme de 2016 par la loi du 20 avril 2018, à modifier quelque peu le texte. En effet, la portée de l'article 1143 a été légèrement réduite. Lors des débats parlementaires,

¹⁰⁰⁹ Champ V., « État de dépendance, contrats d'adhésion et imprévision : des champs d'application à définir », LPA n°261, déc. 2016, page 20

¹⁰¹⁰ Barbier H., « La violence par abus de dépendance », LSDD n°15, 11 avril 2016, p.722

¹⁰¹¹ Champ V., *ibidem*

¹⁰¹² Ruy B., « La réforme du droit des contrats et la loi Macron : un surcroît de protection irrigant toutes les étapes de la vie du contrat au prix de l'insécurité juridique ? », RLDCO n° 49

¹⁰¹³ Chénéde F., *ibidem*

députés et sénateurs s'opposèrent à nouveau sur la rédaction de cet article. Les sénateurs étaient donc favorables à la restriction du texte, afin que celui-ci soit limité, à nouveau, à la seule « dépendance économique », tandis que les députés cherchaient à soumettre l'ensemble des situations au régime de l'état de dépendance.

La commission mixte parvint à un nouveau compromis et prit le parti de modifier la tournure de l'article, sans que celui-ci ne soit cependant limité « *au seul cas de l'abus d'un état de dépendance économique, comme le souhaitait avec insistance le Sénat* »¹⁰¹⁴. Désormais, la nouvelle version de l'article 1143 du code civil dispose : « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

296. Effet de la révision parlementaire de l'article. – Selon Monsieur Houtcieff, la dépendance est donc « *désormais restreinte à celle qui s'évince des rapports entre contractants* »¹⁰¹⁵, ce qui ne change rien, en conséquence, au possible impact de cet article sur l'équilibre même du contrat. Le « *caractère interprétatif* » du texte « *lui confère une portée rétroactive* ». Selon l'auteur, le texte vise ainsi uniquement « *un souci prétendu et inhabituel de cohérence* », dans un objectif de protection de certains contractants.

Pour Monsieur Mekki, le seul objectif du Sénat en introduisant cette dépendance à son égard « *est d'exclure toute conception endogène ou personnelle* »¹⁰¹⁶ ce qui, également, « *empêcherait surtout que la dépendance à l'égard d'un tiers puisse fonder la nullité du contrat* ».

Monsieur Deshayes est plus hésitant sur l'ajout du terme « *à son égard* ». En effet, l'auteur s'est demandé¹⁰¹⁷ si la modification n'avait pas pour objectif de créer plusieurs régimes auxquels il s'agirait de ne pas appliquer la même sanction. Il rappelle que « *l'article 1142 du Code civil admet que la violence conduite à l'anéantissement du contrat qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers* » et que l'« *on pouvait donc penser qu'il en allait de même pour l'abus de l'état de dépendance de l'article 1143* ». L'auteur semble ainsi sous-entendre que le nouvel article 1143 irait contre cette solution.

¹⁰¹⁴ Mekki M., « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018.

900

¹⁰¹⁵ Houtcieff D., « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », GP n° 3211, 2018, p. 14

¹⁰¹⁶ Mekki, *ibidem*

¹⁰¹⁷ Deshayes O., *ibidem*

Nous notons toutefois que d'autres auteurs ne semblent pas de cet avis. La seule modification sur les effets de l'article concernerait le régime de la preuve de l'état de dépendance. Il conviendrait désormais, dans les contrats à titre onéreux, « *d'apporter la preuve, non seulement de la réalité de la dépendance, mais également du caractère lésionnaire de l'échange* »¹⁰¹⁸. Malgré les modifications ainsi effectuées, l'article pourrait donc toujours avoir un impact sur les baux commerciaux.

B) L'impact prévisible de la consécration de l'état de dépendance sur les baux commerciaux

297. Violence pour abus et bail commercial. – Sur la notion d'abus, Madame Auque considérait autrefois que « *si la révision en cours de bail, comme la fixation du loyer de renouvellement, relevaient de la seule liberté contractuelle, il n'y aurait plus que la notion d'abus pour limiter les excès, notion dont le champ d'application est limité et la sanction peu appropriée aux baux commerciaux* »¹⁰¹⁹. Selon cette thèse, la violence pour abus de dépendance serait, dès lors, inadaptée pour les baux commerciaux.

298. Bail commercial, contrat déséquilibré en pouvoirs. – Si rien n'est encore sûr quant à la possibilité d'utiliser largement l'état de dépendance pour la pratique des baux commerciaux, certains auteurs relèvent, cependant, qu'il s'agit « *par excellence d'un exemple de dispositif permettant de mettre en place un équilibre par le contrat* »¹⁰²⁰, et que, par définition, la relation née de la conclusion d'un bail commercial sera, selon les cas, source de déséquilibre économique et de déséquilibre de pouvoir. L'application serait donc envisageable. Il s'agirait ainsi d'envisager cette application selon que le locataire sera ou ne sera pas armé pour faire face à son bailleur, et selon que ce dernier sera ou ne sera pas un professionnel. Au vu des critères dégagés, l'application du dispositif serait-il une solution crédible ?

299. Interprétation stricte de l'état de dépendance. – Premièrement, on exige, au vu de la jurisprudence, de bien caractériser cet état de dépendance. Les conditions de l'article 1143 à remplir ont toujours été interprétées strictement. On refuse par exemple à un co-contractant, qui a renégocié son contrat d'assurance, l'application de la sanction pour annuler un contrat qui serait renégocié à des conditions défavorables. En effet, ce dernier n'aurait pas essayé de

¹⁰¹⁸ Chénéde F., *ibidem*

¹⁰¹⁹ Auque F., « Les propositions de réforme du statut des baux commerciaux », JCP E n° 30, 21 Juillet 2004

¹⁰²⁰ Chaoui H., *ibidem*

chercher un autre contractant, ou n'aurait pas apporté la preuve de cette impossibilité de trouver un autre contractant.

C'est selon nous, contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier abord, ce refus qui pourrait justifier une possible application au bail commercial. Selon le même raisonnement, nous pourrions très bien arguer, qu'à la fin du bail commercial, au moment de négocier le renouvellement du bail commercial, même si des conditions défavorables au locataire restent dans le bail ou lui sont imposées, celui-ci aurait très bien pu choisir de ne pas renouveler, et chercher un autre bail commercial. Mais cette réflexion ne tient pas dans la mesure où le locataire, commerçant, est pieds et poings liés : il ne veut pas perdre la clientèle et le commerce qu'il a mis neuf ans, a minima, à développer. Pour lui, changer de bail commercial, sauf en cas de grande renommée de sa marque, son enseigne, sa franchise ou autre, cela signifie repartir à zéro.

Selon nous, en matière de bail commercial, on peut très bien être dans une réelle situation de dépendance. Rappelons que le nouvel article du code civil, malgré la restriction apportée par la ratification, « *laisse la porte ouverte à d'autres types de dépendance contractuelle. C'est en tout cas l'intention du législateur* »¹⁰²¹.

On pourrait même imaginer que la preuve soit plus aisée dans ce cas-là. Sans aller jusqu'à parler d'une présomption de dépendance, il peut être pertinent de raisonner en se glissant dans la peau du juge : entre une personne qui ne négocie pas le renouvellement d'assurance à son avantage, et un locataire qui se voit dans l'obligation d'accepter des obligations pour ne surtout pas perdre son commerce, son emplacement, sa clientèle et son chiffre d'affaires, la différence est tout de même notable.

Encore faut-il prouver un état de dépendance économique, un avantage manifestement excessif, et l'abus de la situation par l'une des parties : ces trois conditions doivent être la cause de l'engagement pris par la victime de violence. La jurisprudence paraît très stricte dans l'analyse de ces conditions¹⁰²². Dès lors, comment va-t-on réellement caractériser un abus ? La question est essentielle ici, il s'agit même de la plus grande difficulté.

¹⁰²¹ Barbier H. « La violence par abus de dépendance », *ibidem*

¹⁰²² CA Aix-en-Provence, 22 nov. 2007, n° 05-09169, pour un abus de dépendance économique non déterminé
CA Amiens, 29 avr. 2010, n° 07-01.054 pour prescription quinquennale dans une affaire touchant à la conclusion d'un bail

300. Violence, dépendance, déséquilibre. – De l’analyse des commentaires formulées par différents auteurs, il semble possible d’adopter deux points de vue différents. Le premier consisterait à considérer que la violence pour état de dépendance découle du régime de la violence : cela restreint l’application possible. En revanche, l’autre raisonnement consisterait à concevoir l’état de dépendance comme un régime complètement indépendant, à part donc de la violence : on crée en fait de nouvelles formes de violence pouvant être sanctionnées.

C’est selon nous, la réponse à cette question, qui permettra de déduire la possibilité d’application de l’état de dépendance au bail commercial. Notons que certains auteurs, comme Monsieur Barbier, sont contre cette application. L’accepter serait, selon ce dernier, trop se rapprocher du régime de la violence économique, ou des clauses abusives¹⁰²³, ce que ne semblait pas initialement souhaiter le législateur, en tout cas pas dans la première version de son texte.

301. Avantage manifestement excessif et loyer. – Il s’agit également de réfléchir à cette possibilité d’application au regard de « l’avantage manifestement excessif » prévu par le texte. Cette notion, très ancienne, est à l’origine de la construction future de la notion de déséquilibre significatif¹⁰²⁴. Il ne paraît néanmoins pas envisageable de se fonder, uniquement, sur la jurisprudence fondée sur le dit déséquilibre puisque les objectifs, comme nous l’avons précédemment souligné, ne sont pas les mêmes. Mais si tel devait être le cas, cela conduirait peut-être à évincer le prix, et donc également le loyer.

Monsieur Lafaurie¹⁰²⁵ a démontré, contre cette éviction du prix, le rapprochement net entre les objectifs, les critères et les cas d’application du déséquilibre significatif (du code de commerce) et ceux de la violence du code civil. Cela est intéressant dans la mesure où le déséquilibre du code de commerce, contrairement à celui du code civil, porte sur les clauses essentielles du contrat, dont le prix, et traite de l’abus d’un partenaire commercial qui a un comportement violent économiquement. Appliquer l’état de dépendance au bail commercial apparaît dès lors évident : cela permettrait de compléter l’autre dispositif du code civil, l’article 1171¹⁰²⁶ qui ne concerne pas le prix et donc le loyer.

302. Appréciation du caractère manifeste. – Reste un dernier élément à prendre en compte, à savoir l’appréciation du « *manifeste* ». C’est, selon nous, cet élément qui permet

¹⁰²³ Barbier H., *ibidem*

¹⁰²⁴ Cf Loi n°78-23, 10 janvier 1978, article 35

¹⁰²⁵ Lafaurie K., « clauses abusives : l’articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux », JCP E n°35, 31 Aout 2017, 1453

¹⁰²⁶ Rappelons qu’il s’agit du nouvel article du code civil relatif à la sanction du déséquilibre significatif

d'envisager une application minimale du texte aux baux commerciaux. Pourtant, à la vue des différentes perceptions possibles du standard du « *manifeste* » par le juge, il n'est finalement pas si évident que cela de relativiser celle-ci.

Monsieur Barbier note une irrégularité totale en ce qui concerne la caractérisation de ce standard en justice¹⁰²⁷, et finalement une acceptation facile, dès lors que le « *manifeste* » permet de rééquilibrer les relations. Ainsi, outre le loyer, nombreuses seraient, en fin de compte, les clauses du bail commercial qui pourraient être sanctionnées, notamment les clauses fréquentes dans les baux de centres commerciaux ou de tourisme, ou les clauses résolutoires à l'avantage unique d'une partie, le bailleur la plupart du temps.

303. Sanction, intérêt relatif pour le bail commercial. – Enfin, évoquons le cas de la sanction applicable qui, malgré les modifications apportées par la ratification de l'ordonnance, resterait la nullité de la convention. La doctrine ne semble, néanmoins, pas l'affirmer encore clairement. Toutefois, si tel était le cas, il s'agirait en principe d'une nullité relative : un tiers ne pourrait pas la réclamer.

Madame Chaoui¹⁰²⁸, assez justement, rappelait que ce qui intéresse la plupart du temps les preneurs, les parties généralement faibles du rapport contractuel, est de se voir octroyer une diminution des charges ou une diminution du loyer. Or, si ces éléments sont pris en compte pour caractériser la violence pour état de dépendance, ils ne donneront lieu, dès lors que le juge le décidera, uniquement qu'à annulation du contrat.

L'intérêt pour les preneurs serait donc minime puisque, à nouveau, rappelons qu'il ne sera quasiment jamais dans l'intérêt d'un preneur d'abandonner son commerce, sauf dans une situation de blocage absolue. Une demande en justice fondée sur l'obligation de délivrance du bailleur apparaît donc beaucoup plus adaptée et efficace.

304. Le rapport de force existant entre preneur et bailleur ne concerne pas que la rédaction du contrat. Le législateur édicte des règles en faveur de la partie faible, dans le but d'encadrer ce rapport, aussi bien dans la mise en œuvre du formalisme précontractuel, comme en matière d'état des lieux, que lors de la survenance d'une procédure collective. Dans ces cas de figure, on se retrouve en fait, systématiquement, dans une situation d'opposition.

¹⁰²⁷ Barbier H., *ibidem*

¹⁰²⁸ Chaoui H., *ibidem*

Paragraphe 2 - La lutte contre le déséquilibre dans une situation d'opposition entre les co-contractants

305. Une série de nouveautés, issues de la loi Pinel de 2014, apparaissent largement défavorables au bailleur que ce soit en vue de protéger la partie faible uniquement (A) ou d'édicter de nouvelles règles pour encourager la reprise d'un commerce suite à une procédure collective par un nouveau preneur (B).

A) La fin de la présomption de délivrance en faveur du bailleur

306. C'est en fait l'obligation d'effectuer l'état des lieux qui marque probablement la fin de la présomption de délivrance au profit du bailleur (1), même si l'on ne sait pas clairement si les dispositions concernées sont d'ordre public ou non (2).

1- La mise en place d'un état des lieux obligatoire poursuivant l'objectif de clarification du législateur

307. Ancienne présomption au profit du bailleur. – Jusqu'à la loi Pinel, l'état des lieux devait être annexé au contrat de bail commercial, mais cela n'était en aucun cas une obligation. Contrairement aux baux d'habitation¹⁰²⁹, les textes ne posaient aucune règle de forme concernant cet état des lieux, il était seulement conseillé d'en établir un à l'entrée du locataire dans les locaux, puis un à son départ. Cela permettait de réduire les risques de conflits et de contestation quant à l'état dans lequel le locataire rendait les lieux. Il pouvait être établi de manière contradictoire entre les parties ou par voie d'huissier de justice.

En revanche, dans le cas où aucun état des lieux n'avait été dressé à l'entrée dans les lieux du locataire, celui-ci était réputé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, en vertu de l'article 1731 du code civil. A lui donc de les rendre dans le même état « *sauf preuve contraire* ». Ainsi le bailleur bénéficiait d'une réelle présomption, puisque c'était au locataire de prouver qu'il avait reçu les locaux dans l'état dans lequel ils se trouvaient au moment où il les rendait. C'est ce qu'on appelle la « présomption de délivrance » en faveur du bailleur.

Cette présomption était quasi-incontrôlable par le preneur, car il lui était alors bien trop difficile d'apporter la preuve nécessaire pour la combattre. Ainsi, était-il quasi-systématiquement

¹⁰²⁹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation impose l'établissement d'un état des lieux "joint au contrat »

condamné à payer au bailleur une indemnité de remise en état¹⁰³⁰. Cette présomption était contrôlée par la Cour de cassation et s'appliquait uniquement aux réparations locatives, et non aux réparations de gros entretien¹⁰³¹.

308. Insertion de l'obligation d'établir l'état des lieux. – Même si ces principes sont toujours présents, la loi Pinel a considérablement atténué cette présomption, cherchant une nouvelle fois à rééquilibrer la relation bailleur/preneur. L'article 13 de la loi du 18 juin 2014 instaure ainsi l'obligation d'établir un état des lieux lors de la prise de possession des locaux, et lors de leur restitution, en créant l'article L. 145-40-1 du code de commerce.

« Dans une logique de protection du preneur »¹⁰³², celui-ci indique que « lors de la prise de possession des locaux par le locataire en cas de conclusion d'un bail, de cession du droit au bail, de cession ou de mutation à titre gratuit du fonds et lors de la restitution des locaux, un état des lieux est établi contradictoirement et amiablement par le bailleur et le locataire ou par un tiers mandaté par eux. L'état des lieux est joint au contrat de location ou, à défaut, conservé par chacune des parties ».

Dans le cas où l'état des lieux ne se ferait pas de manière amiable, il est prévu au second alinéa du même article que les frais de recours à un huissier sont partagés par moitié entre le bailleur et le locataire.

La grande nouveauté réside dans le dernier alinéa de l'article. En effet, en vertu de celui-ci, le bailleur qui n'a pas fait toutes diligences pour la réalisation de l'état des lieux ne pourra plus invoquer la présomption de l'article 1731 du code civil. C'est un véritable renversement de la charge de la preuve ! S'il n'y a pas d'état des lieux, en cas de dégradations, il reviendra au bailleur de prouver qu'il a délivré au locataire le local dans un bon état, et de prouver la réalité des dégradations et la responsabilité du locataire.

309. Obligation ou incitation ? – Dans un premier temps, on pourrait considérer que sous prétexte de rééquilibrer les relations entre bailleur et locataire, le législateur a simplement transformé une situation favorable au bailleur en une situation favorable au preneur. C'est une réalité certes, mais il faut y voir plus une incitation à procéder à un état des lieux. Si l'état des lieux est fait, les parties savent à quoi s'en tenir. Il est officiellement acté, dans l'intérêt des

¹⁰³⁰ Cass. civ. 3e, 19 avr. 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 245

¹⁰³¹ Cass. civ., 28 janv. 1936 ; CA Colmar, 14 déc. 2005 : JurisData n° 2005-293060

¹⁰³² Haas P., « État des lieux et restitution du dépôt de garantie », AJDI 2017, p.669

deux parties, dans quelles conditions le preneur prend les lieux, et dans lesquelles il les rend. La suppression de la présomption de l'article 1731 est l'assurance que le bailleur cherchera désormais systématiquement à effectuer cet état des lieux.

Pourtant, l'ordre public au sein de ces dispositions n'est pas explicitement présent.

2- Un état des lieux « semi-obligatoire » : ordre public implicite

310. Ordre public incertain. – Les dispositions ne sont pas dites expressément d'ordre public. Il est dès lors possible de se demander si les parties pourront y déroger conventionnellement par une clause selon laquelle le preneur reconnaîtrait prendre possession d'un local à l'état neuf.

Certains auteurs considèrent une dérogation possible puisque « *les clauses de transfert des travaux, notamment lors de la restitution des locaux, font partie intégrante du jeu de la négociation contractuelle* »¹⁰³³. D'autres, au contraire, relèvent que l'article L. 145-40-1 du code de commerce est placé entre les articles L. 145-37 et L. 145-41, visés par l'article L. 145-15 du code de commerce censé lister les articles d'ordre public. Par conséquent toute disposition contraire devrait être considérée non écrite¹⁰³⁴.

Quant à nous, il nous apparaît un peu prématuré de se fier à la numérotation des textes, dans la mesure où l'obligation d'état des lieux à l'entrée et à la sortie concerne également les baux dérogatoires, et que les dispositions concernant ces derniers sont placées à l'article L. 145-5 du code de commerce. Or, l'article L.145-5 n'est absolument pas visé par l'article L. 145-15.

Pourquoi prévoir un ordre public pour le bail statutaire et non pour le bail dérogatoire ? Il paraît peu pertinent de considérer que le locataire a plus besoin de la sécurité conférée par un état des lieux en bail statutaire qu'en bail dérogatoire. En ce sens, certains auteurs estiment que l'état des lieux, comme l'inventaire des charges et impôts, se retrouvent d'ordre public, un peu par l'effet du hasard ... Le service d'information réglementaire aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris s'est cependant positionné sur le caractère d'ordre public de la règle¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Battistini P., « Présentation des modifications apportées au statut des baux commerciaux par la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises », GP n° 191, 2014, p. 7

¹⁰³⁴ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.96

Marcet E., « L'encadrement des relations entre les parties en matière d'état des lieux, de charges et taxes récupérables et de travaux », Loyers et copr. sept 2014, art 4

¹⁰³⁵ Inforeg CCI Paris, « La réforme du bail commercial par la loi Pinel : les nouvelles règles d'ordre public », Cah. dr. entr. n° 1, Janvier 2015

311. Fin d'une pratique contractuelle. – Dans la pratique, il s'agira en tout cas de ne plus se contenter de stipuler que le preneur reconnaît avoir pris les locaux dans un état parfait, cela ne sera plus suffisant pour mettre le bailleur à l'abri de son obligation de délivrance dans un état conforme « *sans recours contre le bailleur, avec obligation pour lui de le restituer en bon état d'entretien et de réparation* »¹⁰³⁶. Celle-ci pourrait même directement être sanctionnée par le non-écrit.

312. Imprécisions sur la réitération. – Un doute subsiste sur l'obligation de réitération de l'état des lieux au moment du renouvellement du bail commercial, dans la mesure où tel renouvellement équivaut à conclusion d'un nouveau bail commercial. La logique semble imposer un nouvel état des lieux. Mais rien n'est précisé.

En revanche, lors d'une cession du bail commercial, il est plus que logiquement obligatoire d'effectuer un nouvel état des lieux. Cette obligation est posée par l'article L. 145-40-1 directement puisqu'il est question de « toute prise de possession ».

Quant à l'application du nouvel article aux baux se terminant après l'entrée en vigueur de la loi Pinel, et l'obligation d'établir un état des lieux à la sortie, il semble falloir considérer, dans le but d'assurer « *l'équilibre contractuel* »¹⁰³⁷, que l'obligation ne concerne que les baux anciens dans lesquels un état des lieux d'entrée avait déjà été effectué.

313. La fin de la présomption de délivrance au profit du bailleur n'est pas la seule nouveauté des dernières réformes réduisant d'une certaine manière les droits du bailleur.

B- La mise au second plan des droits du bailleur en cas de procédure collective

314. Le législateur, pour permettre au locataire de faire face à certaines difficultés, prévoient des règles d'assouplissement en sa faveur en cas de cession (1) et de déspecialisation (2).

¹⁰³⁶ Botte J.G., « Loi Pinel et bail commercial : quel rôle pour le notaire ? », JCP N n° 15, 15 Avril 2016, 1123

¹⁰³⁷ Antoniutti A., « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

1- Anéantissement des clauses restrictives de cession, en procédure collective : nécessaire atteinte à la liberté contractuelle

315. Comme le rappellent certains auteurs¹⁰³⁸, la situation du bailleur dont le contrat est cédé en procédure collective varie selon que celui-ci l'est, ou pas, en application d'un plan de cession. En effet, la mise en place d'un plan de cession affecte considérablement les droits du bailleur et, plus précisément, les clauses restrictives de cession, pourtant parfaitement légales, qui se trouvent anéanties tantôt par la loi¹⁰³⁹, tantôt par la jurisprudence¹⁰⁴⁰.

316. Cession forcée. – En application tout d'abord de l'article L. 642-7 du code de commerce, lorsqu'un plan de cession intervient, et qu'un repreneur est trouvé, le tribunal peut forcer la cession du bail commercial, sans la permission du bailleur, afin de permettre la continuité de l'activité. Si à première vue, la solution de la cession « forcée » peut apparaître comme une atteinte à la liberté du bailleur, il est notable que la chambre commerciale de la Cour de cassation ne cherche même pas un terme plus positif, et proclame régulièrement la « *cession judiciaire forcée du bail commercial* »¹⁰⁴¹, comme cela se fait également pour les autres contrats, en dépit des clauses initialement prévues dans le bail qui auraient pu réglementer plus strictement pareille cession.

C'est ainsi que, très récemment, la Cour de cassation a rendu un arrêt par lequel elle proclame l'inapplication des clauses prévoyant un formalisme précis pour céder le contrat de bail commercial, « *sauf disposition contraire du jugement arrêtant le plan de cession* »¹⁰⁴². Cette solution, qui a vocation comme nous l'avons précisé précédemment à assurer la pérennité de l'exploitation, dans la mesure où le titre d'exploitation du local est nécessaire pour le succès du plan et de la reprise, porte évidemment atteinte à la liberté contractuelle.

On privilégie la pérennité du commerce à la sauvegarde des droits issus de la propriété du bailleur, une nouvelle fois.

¹⁰³⁸ Kendérian F., « Le sort du bail commercial dans les procédures collectives - Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires », 4e éd. 2015, LexisNexis, coll., Droit & Professionnels

¹⁰³⁹ La clause de garantie solidaire à la charge cédant par exemple en application des articles L. 622-15 et L. 641-12 du code de commerce. Cela ne concerne toutefois pas que le seul plan de cession.

¹⁰⁴⁰ Pour la clause de préemption au profit du bailleur et, cette fois-ci, spécifiquement au plan de cession : Cass. com., 13 janv. 2015, pourvoi n° 13-21.650 ; Cass. com., 9 nov. 2010, pourvoi n° 10/02643

Pour la clause imposant l'agrément du repreneur par le bailleur : Cass. com., 6 déc. 1994, pourvoi n° 91-17.927

¹⁰⁴¹ Cass. com., 13 janv. 2015, pourvoi n° 13-21.650, Inédit

¹⁰⁴² Cass. com., 1er mars 2016, pourvoi n° 14-14.716, Bull. d'information 2016 n° 846, IV, n° 1036

317. Unique règle en faveur du bailleur. – Une règle existe toutefois, afin de rétablir lesdits droits, dans un souci d'équilibre contractuel sans nul doute, selon laquelle le contrat de bail demeure le même, dans son contenu, qu'antérieurement à la procédure. Cette règle issue de l'article L. 642-7 du code de commerce peut d'ailleurs contraindre le repreneur à répondre à l'obligation de reconstitution du dépôt de garantie qui aurait été rendu à l'ancien locataire¹⁰⁴³. Notons cependant que l'adoption de l'article 19 du projet de loi PACTE¹⁰⁴⁴, tel que voté le 9 octobre 2018 à l'Assemblée Nationale en première lecture, pourrait à l'avenir conduire à « *réputer non écrite, en plan de cession, toute clause d'un contrat de bail imposant au cessionnaire des dispositions solidaires avec le cédant* »¹⁰⁴⁵.

Le législateur, déjà, par la loi Pinel du 18 juin 2014, a créé une nouvelle exception à cette règle du « bail identique » dans son contenu.

2- Obligation de déspecialisation en cas de difficulté : la cession-déspecialisation créée par la loi Pinel

318. Volonté d'encourager la reprise. – Toujours dans le cadre de la mise en place d'un plan de cession, le législateur a décidé, en 2014, d'aller encore plus loin dans la recherche d'encouragement à la reprise d'une entreprise en difficulté. Il considère que ledit repreneur sera parfois découragé de le faire, à la vue de l'activité prévue au titre de la destination des lieux dans le contrat de bail commercial. Il peut en effet n'être motivé par la reprise, qu'en ayant la possibilité de pratiquer une toute autre activité, ou d'exercer une activité complémentaire. Or, si le nouveau locataire peut changer l'activité prévue dans ses statuts, pour pouvoir effectuer un changement d'activité, ou effectuer les déclarations nécessaires auprès d'un greffe du tribunal ou de l'INSEE, par exemple, ce sera toujours en obtenant l'accord du bailleur, sauf disposition plus favorable dans le contrat.

319. Création de la cession-déspecialisation. – Ainsi, la loi Pinel crée la cession-déspecialisation par laquelle le juge pourra, en plus de forcer la cession comme étudiée précédemment, forcer l'adjonction d'une autre activité¹⁰⁴⁶. En effet, en vertu de l'alinéa 4 de

¹⁰⁴³ Cass. com., 16 sept. 2008, pourvoi n° 06-17.809, Bull. 2008, IV, n° 155

¹⁰⁴⁴ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises n° 1088, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 juin 2018

L'article 19 est rédigé de la manière suivante : « *Par dérogation, toute clause imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant est réputée non écrite.* »

¹⁰⁴⁵ Januel P., « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », DA, 21 juin 2018

¹⁰⁴⁶ Une activité connexe ou complémentaire en vertu de l'article L. 642-7, al.4 du code de commerce

l'article L642-7 du code de commerce, « *Le tribunal peut, si un contrat de bail soumis au chapitre V du titre IV du livre Ier portant sur un ou plusieurs immeubles ou locaux utilisés pour l'activité de l'entreprise figure dans le plan de cession, autoriser dans le jugement arrêtant le plan le repreneur à adjoindre à l'activité prévue au contrat des activités connexes ou complémentaires. Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé le bailleur* ».

320. Cession-désécialisation et désécialisation. – La rédaction du texte suscite plusieurs questions¹⁰⁴⁷. La première étant que la loi Pinel n'a pas précisé si le fait de parler de « désécialisation » sous-entendait que le tribunal doive respecter les règles de désécialisation des articles L. 145-47, et suivants, du code de commerce. Mais il apparaîtrait, selon nous, absurde de le croire puisque, sinon, le nouvel article n'aurait que peu d'intérêt.

321. Droit d'opposition du bailleur. – La seconde interrogation concerne le bailleur et son éventuel droit d'opposition. Celui-ci doit être « *entendu* » ou « *appelé* » quinze jours avant le jugement. Rien n'est précisé quant aux modalités de procédure qui permettraient au minimum un respect du contradictoire. La seule voie de recours, crédible, apparaît être l'interjection d'appel, si l'adjonction a eu pour effet de modifier de manière abusive la destination contractuelle initiale des locaux. Mais Monsieur Kendérian rappelle que, « *d'une manière générale, les voies de recours sont très restrictives en plan de cession* »¹⁰⁴⁸, ce qui laisse peu d'espoir en l'espèce.

322. Vigilance du bailleur. – Enfin, il est important de souligner que le bailleur qui louerait plusieurs baux commerciaux, dans le même secteur, et qui aurait assuré à un autre locataire l'exclusivité de son activité dans ledit secteur, sera mis en difficulté si le tribunal accorde l'adjonction de cette même activité au repreneur de l'entreprise. Il est impératif que le bailleur pense à porter cette situation à la connaissance du tribunal. Il serait, dans le cas contraire, très possible que le bailleur se retrouve contraint d'indemniser le locataire titulaire de l'exclusivité.

323. Equilibre au regard des conséquences économiques de la cession. – Notons, pour conclure, que l'équilibre dans la relation pourrait néanmoins revenir indirectement, une fois le bail cédé, dans la mesure où la multiplication des activités engendrera régulièrement une augmentation de loyer, ce qui entraînera augmentation de la valeur locative, pouvant être utilisée comme motif de déplaçonnement, par le bailleur, au moment de renouveler le contrat.

¹⁰⁴⁷ Kendérian F., « Cession du bail en état de procédures collectives », AJDI 2017, p.187

¹⁰⁴⁸ Ibidem

324. Conclusion Chapitre 1 – Ce premier chapitre a été l’occasion de mettre en avant les notions d’opposition, de dépendance, de violence ou encore de soumission. Cette conception du déséquilibre, fondée sur ces dernières notions, est finalement très proche d’une autre façon d’appréhender l’équilibre du contrat, celle de l’adhésion. En effet, puisqu’il n’y aurait « *pas lieu de rechercher qui est la partie forte et qui est la partie faible, ces notions de « faible » et « fort » (étant) aujourd’hui dépassées* »¹⁰⁴⁹, l’adhésion permettrait également de sortir de la conception du bail commercial selon laquelle ce contrat serait conclu entre une partie faible et une partie forte. Mais cela conduirait, peut-être, à ne plus se focaliser sur le seul rapport de force, mais principalement aux « circonstances »¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁹ Barbier J.D. « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : l’obligation essentielle », GP 05/07/2016, n°25, p.53

¹⁰⁵⁰ Liccari F.X. « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », Revue Lamy Droit civil, N°144

Chapitre 2 - La nouvelle protection de « l'adhérent », notion compatible avec les baux commerciaux

325. En l'espace de deux ans, la problématique de l'équilibre dans les relations contractuelles a pris une ampleur considérable, s'agissant des baux commerciaux. En effet, si la loi Pinel, consistant en la première réforme « majeure » du statut depuis des décennies, avait déjà pour objectif en 2014 de rééquilibrer la relation bailleur-preneur, une étape de plus semble avoir été franchie avec la réforme du droit des obligations effectuée par l'ordonnance du 10 février 2016.

Libéralisant le contrat, cette réforme partage la même aspiration d'équilibre¹⁰⁵¹ : ce serait même l'axe majeur de cette réforme¹⁰⁵². Un apport de celle-ci, à lui seul, pourrait l'illustrer : il s'agit du nouvel article 1171 du code civil qui, selon les termes de sa version en vigueur au 1^{er} octobre 2018, dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

Dès lors, enseigner le bail commercial, et son équilibre, sans étudier les impacts du déséquilibre significatif de droit commun est impensable. Comme le dit très justement Monsieur Monéger, « *raisonner le droit des contrats selon les dogmes du passé ne permet pas de comprendre la vie contemporaine du contrat : c'est particulièrement vrai en matière de baux commerciaux* »¹⁰⁵³. Ainsi, à l'exception du prix, du moins directement¹⁰⁵⁴, l'article 1171 du code civil sanctionnera, par le réputé non écrit, toute clause « *potentiellement excessive* »¹⁰⁵⁵ créant un déséquilibre dans les obligations respectives des co-contractants.

326. Inspiré du droit de la consommation, l'encadrement du déséquilibre significatif par la sanction des clauses abusives dans le contenu du contrat, résultant du nouvel article 1171, pourrait avoir des conséquences importantes sur certaines clauses propres aux baux

¹⁰⁵¹ Cf Planckel F. « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats », Loyers et Copropriété n° 10, Octobre 2016, dossier 5

¹⁰⁵² Monéger J. « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », RTD Com. 2016 p.427

¹⁰⁵³ Ibidem

¹⁰⁵⁴ Supra n° 278

¹⁰⁵⁵ M. Mekki M. « Se conformer au nouveau droit des contrats - Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », JCP E 2016. 1373.

commerciaux¹⁰⁵⁶ (**SECTION 1**). Il est tout de même nécessaire de s'intéresser à la compatibilité entre le régime spécial des baux commerciaux et le régime de droit commun (**SECTION 2**).

SECTION 1 -LE BAIL COMMERCIAL : UN CONTRAT AFFECTE PAR LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DE DROIT COMMUN

327. Le bail commercial est-il susceptible d'intéresser le nouveau déséquilibre significatif de droit commun ? Au vu de l'évolution de notre droit contractuel, qu'il soit spécial ou de droit commun d'ailleurs, il apparaît difficile de penser que le bail commercial, qui depuis des décennies poursuit son objectif de répression du déséquilibre économique, ne soit pas concerné par l'article 1171 du code civil.

Selon Madame le Professeur Françoise Auque, « *la réponse à cette question dépend exclusivement de la qualification du bail, contrat d'adhésion ou contrat de gré à gré, la qualité des parties étant indifférente à l'application du texte* » (**Paragraphe 1**). Mais, contrat d'adhésion, est-ce un costume taillé pour le bail commercial tel que nous le connaissons ? (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La nécessaire qualification de contrat d'adhésion

328. Il ne s'agit pas ici de protéger la partie faible, mais de protéger celui qui adhère (**A**). En effet, le droit commun des contrats opère désormais une différence selon que le contrat est « de gré à gré » ou « d'adhésion » (**B**).

A) La protection de celui qui « adhère » par le législateur

329. Assurément, si tel n'était pas forcément le cas au début de l'élaboration de la réforme¹⁰⁵⁷, les rédacteurs ont choisi de faire dépendre la possibilité d'application de l'article 1171 du code civil, de la présence d'un contrat d'adhésion. Selon les auteurs, c'est même « *là qu'est, de fait, en large part, la difficulté* »¹⁰⁵⁸ puisque seuls les contrats d'adhésion doivent être impliqués par ce déséquilibre significatif. Le législateur opère un choix intéressant en identifiant clairement « l'adhérent » comme étant la partie à protéger.

¹⁰⁵⁶ Cf Auque F. « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et Copropriété n° 10, Octobre 2016, dossier 11

¹⁰⁵⁷ Chénéde F., « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015, p. 1226

¹⁰⁵⁸ Gaudemet S., « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », Contrats conc. consom. n° 5, mai 2016

Si la loi Pinel, par exemple, identifiait clairement le preneur comme la « partie faible », Madame Gaudemet rappelle que, par le passé, lorsqu'il fut question de sanctionner des clauses dites « abusives », il était systématiquement nécessaire pour le législateur de procéder à une identification similaire. L'objectif à atteindre avait ainsi pu être, tantôt la protection du « consommateur » ou du « *non-professionnel* »¹⁰⁵⁹, tantôt la fin de « *l'abus de puissance économique* »¹⁰⁶⁰ ou, pour la première fois, « *la lutte contre le déséquilibre significatif* »¹⁰⁶¹ au sein du code de commerce.

Avec l'ordonnance de 2016, on décide de protéger l'adhérent, non pas la partie faible. Dès lors, la question porte sur ce qui différencie réellement, et théoriquement, la protection d'une partie faible et la protection d'un adhérent. Est-ce si différent ? Cela ne semble à première vue, pas évident. Madame Auque¹⁰⁶² relève même une certaine confusion, dans la réforme, entre l'adhésion et la dépendance, la dépendance visant plutôt à protéger la partie faible.

330. Définition préalable de l'adhésion. – Selon le Larousse, « adhérer » ce serait soit « *partager une idée, une opinion, (et) les faire siennes* », soit « *s'inscrire à une organisation et en devenir membre* »¹⁰⁶³. On comprend ainsi qu'il y a une subtilité permettant de différencier la simple partie faible de l'adhérent. L'adhérent peut évidemment se trouver être la partie faible. Mais ce à quoi l'on s'intéresse, ici, c'est plus particulièrement le contenu même du contrat, au moment de signer ce dernier, c'est-à-dire au moment d'y adhérer.

Le fait d'accepter de conclure le contrat, de devenir partie au contrat, ne permet effectivement, et indéniablement, pas de dire que l'adhérent a eu la possibilité de négocier le contenu, et de le faire, dans la discussion, avec la même force que celui qui a proposé le contrat. « *Le contractant adhère ou non au contrat qui lui est proposé. C'est le seul espace où sa volonté peut s'exercer* »¹⁰⁶⁴.

331. S'agissant du bail commercial, on peut évidemment s'interroger sur la place réelle de la volonté dans la conclusion du contrat, dans la mesure où le bail commercial consiste en un

¹⁰⁵⁹ Dans la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit

¹⁰⁶⁰ Dans la loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial

¹⁰⁶¹ Dans la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

¹⁰⁶² Auque, *ibidem*

¹⁰⁶³ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>

¹⁰⁶⁴ Lefebvre B., « Le contrat d'adhésion », RDN Vol. 105, septembre 2003

contrat essentiel à la vie du commerce, ou de l'entreprise, du locataire. Le preneur n'a parfois pas vraiment le choix d'accepter ou de refuser le contrat : s'il veut réellement s'implanter ou rester dans un lieu précis, il devra accepter de conclure le bail commercial en question, faisant ainsi, quelques fois, certaines concessions. Il s'agit en résultante d'une obligation dictée par le contexte commercial et économique.

Madame Auque a, de manière particulièrement intéressante, cherché à montrer la manière dont doit être interprétée la notion d'adhérent et, dans quelle mesure cela trouve particulièrement écho dans le monde des baux commerciaux. Rappelant que de nombreux contrats sont touchés par un certain déséquilibre entre leurs cocontractants, voici ce qu'elle explique : « *C'est le cas de nombreux contrats immobiliers, notamment des baux commerciaux, parfois contrats partiellement négociés, parfois en partie imposés, pas nécessairement en raison d'une inégalité économique entre parties, mais parce que le marché est plus favorable à l'un qu'à l'autre, souvent au bailleur à l'origine de la rédaction du bail* »¹⁰⁶⁵.

En lisant ces mots, impossible de ne pas prendre en considération que, plus que jamais, la notion de « partie faible » et la notion de « partie forte » semblent inadaptées, voire dépassées aujourd'hui. Le rapport de force, en revanche, lui, est central. Il est primordial d'appréhender l'équilibre, ou le déséquilibre, du bail commercial, à travers la « possibilité » pour une partie de bénéficier d'une situation de fait, et d'imposer à l'autre sa volonté.

C'est exactement ce pour quoi le concept d'adhésion semble avoir été inséré dans le droit des contrats : il doit permettre d'atténuer pareille situation en autorisant, par exemple, le juge à prendre en considération la présence ou non de la négociabilité des clauses du contrat, et à avoir la faculté d'en supprimer certaines. Sur le point précis de cette faculté, il s'agit, d'ailleurs, d'un autre débat historique dans la mesure où certains auteurs se sont demandés, et continuent d'ailleurs de le faire, à l'orée de la réforme du droit des contrats, s'il n'eut pas été plus pertinent de chercher à encadrer les « clauses d'adhésion »¹⁰⁶⁶, et non pas le plus général « contrat d'adhésion ».

332. Ce qui compte pour le législateur ce n'est donc pas la qualité du contractant, pas non plus le type de convention en question, mais bien la position dans laquelle se trouve le contractant au moment d'adhérer au contrat. Beaucoup de commentateurs continuent pourtant

¹⁰⁶⁵ Auque F., *ibidem*

¹⁰⁶⁶ Coipel M., « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », TM, 1990

d'utiliser le terme de « partie faible » pour analyser le nouveau déséquilibre significatif du code civil, cela à tort selon nous. Nous considérerons que les deux notions ne doivent pas être confondues : ce serait méconnaître l'objectif et l'intention du législateur, sa façon de procéder et, probablement, l'interprétation qu'il s'agira de faire de certains termes de la loi.

Le législateur a d'ailleurs pris soin de définir l'adhésion dans un article indépendant, au sein du code civil.

B) Contrat de gré à gré et contrat d'adhésion : distinction opérée par le législateur

333. « *La qualification du bail commercial, de contrat d'adhésion ou de contrat de gré à gré, aura des conséquences particulièrement importantes* »¹⁰⁶⁷. Pareillement à Monsieur Monéger, à qui l'on doit cette citation, d'autres auteurs mettaient en avant « *l'enjeu pratique de tout premier ordre* »¹⁰⁶⁸ de cette qualification.

Précisons que l'analyse de celle-ci nécessitait de dissocier, dans un premier temps, définition du contrat d'adhésion par la réforme de 2016 (1), et nouvelle définition dressée par la ratification de celle-ci en 2018 (2). Cela revêt même, en vérité, un intérêt pratique, dans la mesure où il ne s'agit pas de tirer un trait définitif sur les commentaires qui ont été émis entre l'entrée en vigueur de la réforme en 2016 et sa ratification en 2018, mais d'éclairer ceux-ci au vu des ajustements opérés par le Parlement. L'enjeu est important puisqu'il s'agit de rechercher l'esprit de la loi.

1- Les contrats d'adhésion dans la réforme de 2016

334. La réforme opère une distinction logique. – Le déséquilibre significatif ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion. Dès lors, les contrats dits de « gré à gré », stricts opposés des contrats d'adhésion, ne sont pas concernés par l'article 1171. Aux termes de l'article 1110 du code civil, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* », et « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

¹⁰⁶⁷ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016, p.427

¹⁰⁶⁸ Mekki M., « La réforme du droit des obligations : questions pratiques. Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », GP n° 261, 22 mars 2016, p. 16

On comprend, ainsi, que sont concernés les contrats dans lesquels une des deux parties, quand bien même celles-ci seraient placées sur un pied d'égalité, n'a pas d'autre solution que de signer le contrat¹⁰⁶⁹. Peu importe que l'adhérent soit un professionnel ou non-professionnel.

335. Pas de contrat « hybride » dans la loi. – La principale difficulté tient à la possible constatation d'un contrat « à cheval » entre adhésion et gré à gré. Cela concerne « *une multitude d'hypothèses, marquées d'un plus ou moins grand degré de liberté effective dans la négociation du contrat* »¹⁰⁷⁰, dans la distribution ou la concession notamment. C'est ce qui fait dire à certains auteurs que « *la dichotomie contrat de gré à gré / contrat d'adhésion est trop simpliste* »¹⁰⁷¹, dans la mesure où des situations dites « hybrides » existent en effet.

336. L'initiale référence aux conditions générales. – L'autre difficulté, soulevée par les nombreux commentaires de la loi, concernait, à n'en pas douter, la référence aux « conditions générales » faite par l'article 1110 du code civil. La difficulté résultait principalement de l'absence de définition des conditions générales dans la réforme, ou de « notice légale » expliquant leur importance dans le dispositif du déséquilibre significatif. Un contrat d'adhésion sans conditions générales n'est-il pas un contrat abusif ? Un contrat sans conditions générales n'est-il pas un contrat d'adhésion ? Les incertitudes résultant de ce type de questionnement étaient grandes.

Rappelons d'ailleurs, qu'à l'origine, le projet était de ne pas faire référence aux conditions générales mais aux « *stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, qui ont été déterminées par l'une des parties* ». Selon Monsieur Revet, ce changement traduit le désir de cantonner la définition des contrats d'adhésion aux seuls « *contrats de masse* »¹⁰⁷².

337. Le législateur autorise le juge à réputer non écrites les clauses présentes dans ce type de contrat qui créeraient un tel déséquilibre, et cherche ainsi de manière inédite à protéger la partie qui n'aurait pas pu participer à l'élaboration du contrat auquel elle se soumet. Cette idée semble réaffirmée par la ratification de la loi de 2016.

¹⁰⁶⁹ En, théorie, de par leurs pouvoirs respectifs, leurs capacités et pouvoirs respectifs (aussi bien culturels qu'économiques). Mais l'on pourrait considérer que cette obligation de contracter est, finalement, la preuve subtile qu'elles ne le sont pas.

¹⁰⁷⁰ Gaudemet S., *ibidem*

¹⁰⁷¹ Licari F.-X., « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », RLDC N° 144, 2017

¹⁰⁷² Revet T., « L'incohérent cantonnement du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », D. 2018, p.124

2- Réforme de la réforme de 2016 : disparition du critère du simple « négocié » en faveur du nouveau critère de la « négociabilité »

338. Débat parlementaire. – L’ordonnance a beau être entrée en vigueur en 2016, sa ratification a mis beaucoup plus de temps qu’initialement prévu. L’explication provient, peut-être, de l’alternance politique, mais se matérialise, principalement, par l’opposition marquée entre députés et sénateurs sur plusieurs dispositions, notamment celles qui concernent le déséquilibre significatif.

339. Volonté de redéfinition du champ d’application du Sénat. – En effet dans les premiers temps de la phase de ratification, les sénateurs affirmaient clairement leur souhait de réduire le champ d’application de l’article 1171, en faisant en sorte que celui-ci ne concerne plus que les contrats « *non négociable[s], déterminée[s] à l’avance par l’une des parties* », afin d’éviter que puissent être réputées non-écrites les clauses « *qui ont été librement négociées ou en tout cas qui étaient négociables* »¹⁰⁷³.

340. Volonté de protection de la partie faible de l’Assemblée Nationale. – Les députés, quant à eux, ont refusé pareille modification, « *dans un souci de protection des parties les plus faibles* »¹⁰⁷⁴, souhaitant que le texte s’applique de manière très large à toute sorte de clauses. Nous relevons ainsi que la notion de « partie faible » ressurgit.

Il y eut cependant une certaine incohérence dans les propositions de l’Assemblée nationale, celle-ci cherchant tantôt à maintenir le champ d’application le plus large possible, et tantôt à modifier la rédaction de l’article 1110, afin de renvoyer pour la définition du contrat d’adhésion à l’article 1119, en modifiant ce dernier afin qu’il apporte la définition nécessaire des conditions générales. En conséquence, ces conditions générales auraient consisté en « *un ensemble de stipulations, non négociable et déterminé à l’avance par l’une des parties, et destiné à s’appliquer à une multitude de personnes, ou de contrats* ».

Certains auteurs y ont vu l’acceptation implicite, de l’Assemblée Nationale, que le contrat était par nature déséquilibré, mais que le déséquilibre « significatif » ou « intolérable » pouvait résulter des conditions imposées par l’une des parties¹⁰⁷⁵. Dès lors, le déséquilibre significatif

¹⁰⁷³ Département DCPITI, « Réforme du droit des contrats : adoption en deuxième lecture par le Sénat du projet de loi de ratification de l’ordonnance », Fidal blog, avis d’experts en droit des affaires, 16/02/18

¹⁰⁷⁴ http://www.assemblee-nationale.fr/15/dossiers/ratification_ordonnance_2016_131.asp

¹⁰⁷⁵ Revet T., ibidem

ne concernant plus que ce type de contrat, c'est-à-dire les « contrats de masse »¹⁰⁷⁶, et donc ce type de clauses, le champ d'application était finalement considérablement réduit. Le Sénat ne suivait pas cette idée, et était favorable à la suppression de la référence faite aux conditions générales.

Suite aux désaccords idéologiques exprimés par les deux chambres¹⁰⁷⁷, vint le temps de la commission mixte paritaire, le but étant de trouver un « compromis »¹⁰⁷⁸. Cela fut chose faite puisque, en dépit de l'avis de l'Assemblée Nationale, les articles 1171 et 1110 du code civil furent modifiés « *comme le voulait le Sénat* »¹⁰⁷⁹ : la clause qui crée le déséquilibre significatif est désormais celle « *non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties* », et le contrat d'adhésion dorénavant « *comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

« *La définition du contrat d'adhésion posée par l'article 1110 alinéa 2 est (ainsi) modifiée à compter du 1^{er} octobre 2018* »¹⁰⁸⁰.

341. Du négocié au non-négociable, élargissement ou restriction ? – On assista donc à la suppression de la condition de la présence de conditions générales, ce qui change la donne et rend probablement bon nombre d'analyses obsolètes.

En effet, au premier regard, on ne se focalise plus, comme il était auparavant possible de le penser, sur les contrats dits « formulaires », sur les contrats-types qui étaient pourtant initialement « *visés par la Chancellerie* »¹⁰⁸¹. Toutes les clauses apparaissent pouvoir être concernées. Néanmoins, un changement de standard juridique est à prendre en compte semble-t-il : on passe du simple « *non négocié* », difficile à prouver en pratique, au « *non négociable* ». Dès lors, de quelle impossibilité parle-t-on désormais ?

Selon nous, le non négociable pourrait aussi bien être une autre façon de viser plus clairement les contrats standardisés, qui dans la pratique ne peuvent en effet être négociés, qu'une façon

¹⁰⁷⁶ Les contrats qui, comme les contrats d'assurance ou de transport, de part leur particularisme, bénéficie d'une réglementation propre et adaptée

¹⁰⁷⁷ Chénédé F., « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJC 2018, p.25

¹⁰⁷⁸ Januelle P., « La commission mixte paritaire trouve un compromis sur le droit des contrats », DP civil Contrat et obligations, 15 mars 2018

¹⁰⁷⁹ Dondero B., ibidem

¹⁰⁸⁰ Houtcieff D., « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », GP n° 3211, 2018, p. 14

¹⁰⁸¹ Revet T., ibidem

d'élargir le champ d'application du texte en expliquant que la clause n'ayant pas été entièrement négociée, ou pas négociée de bon gré, est source de déséquilibre. Dès lors, il n'est pas évident de savoir si l'évolution des textes traduit une restriction ou un élargissement du champ d'application.

La réponse est peut-être à trouver dans les travaux parlementaires. En effet, lorsque fut émis par le Sénat le souhait de supprimer les conditions générales de l'article définissant le contrat d'adhésion, pour la première fois, l'Assemblée Générale considérait que cela « *faisait entrer de façon extensive dans cette catégorie un trop grand nombre de contrats, puisqu'elle s'appliquait à tout contrat comportant des clauses non négociables : dès lors, un contrat ne comportant que deux clauses, non négociables, serait devenu un contrat d'adhésion, ce qui aurait fait de ce dernier une catégorie attrape-tout* »¹⁰⁸².

Le changement de standard juridique opéré par la commission parlementaire consisterait donc en un élargissement du champ d'application du contrat d'adhésion, et donc indirectement du déséquilibre significatif.

342. Les précisions apportées par le Parlement, et le changement de standard juridique réalisé, semblent permettre de savoir si, oui ou non, le bail commercial peut être considéré comme étant un contrat d'adhésion.

Paragraphe 2 - Le contrat d'adhésion : un costume taillé pour le bail commercial

343. « *Si la qualification est binaire, c'est celle d'une éventuelle qualification de contrat d'adhésion qui occupe les esprits, tant les conséquences sont importantes* »¹⁰⁸³.

Jusqu'à la réforme du droit des contrats de 2016, il est intéressant de souligner que les auteurs, dans leurs écrits, affirmaient très volontiers que le bail commercial était un contrat d'adhésion par définition¹⁰⁸⁴. Désormais, depuis que la notion de contrat d'adhésion apparaît cruciale en droit commun, les avis sont nettement plus nuancés.

¹⁰⁸² <http://www.assemblee-nationale.fr/>

¹⁰⁸³ Monéger J., *ibidem*

¹⁰⁸⁴ Dans ce sens : Monéger J., « États Généraux des baux commerciaux : réflexions finales », *Loyers et copr.* n° 5, Mai 2014; Barbier J.-D., Brault C.-E., « Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux », *GP* 18 août 2015 ;

Si la plupart des locataires « *vivent le plus souvent le bail commercial comme un contrat d'adhésion, avec peu ou pas de pouvoir de négociation* »¹⁰⁸⁵, il s'agirait tout de même de distinguer certains cas de figure, afin de voir si ce contrat est un contrat d'adhésion, « *ce qui est loin d'être démontré* »¹⁰⁸⁶ selon certains auteurs (A). Nous verrons cependant qu'un certain type de bail commercial semble pourtant faire l'unanimité, quant à son caractère « d'adhésion » : il s'agit du bail de centre commercial (B).

A) Des baux à conditions générales négociées, aux baux standardisés : un bail commercial parfois d'adhésion

344. Enjeu de la réflexion. – Même s'il semblerait que la « *qualification hybride n'existe pas* »¹⁰⁸⁷, il paraît également impossible de faire de tous les baux commerciaux des contrats d'adhésion, ou à l'inverse de rejeter catégoriquement cette qualification pour tous les baux commerciaux. Dans cette partie, il s'agit au vu de l'évolution législative du texte, et des analyses rendues sur celui-ci, d'identifier clairement quel bail commercial pourra être qualifié de contrat d'adhésion. Si le texte de 2016 pouvait inciter à s'intéresser exclusivement aux baux à conditions générales, nous verrons qu'une analyse, déjà présente en doctrine en 2016, fut confirmée par la ratification de 2018 : il s'agit uniquement de rechercher la réelle négociation du bail commercial. Nous constaterons donc que la véritable question est celle, d'une part, de la preuve de cette négociation et, d'autre part, de l'étendue de celle-ci. Dit autrement, la négociation doit-elle concerner l'intégralité du contrat ou seulement certaines clauses ? La réflexion nous conduira, finalement, à considérer qu'un bail commercial sera spécifiquement dans le viseur du juge : il s'agit du bail commercial « standardisé ».

345. Baux commerciaux à conditions générales. – Il fut constaté¹⁰⁸⁸, à la lecture des différents commentaires sur l'application de la réforme aux baux, que la doctrine semblait considérer que le bail commercial ne pouvait pas être considéré comme un contrat d'adhésion tel que défini par la réforme de 2016. En effet, en analysant la loi, n'auraient pu être concernés que les baux à conditions générales.

¹⁰⁸⁵ Planckeel F., « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », *Loyers et copr.* n°10, octobre 2016, dossier 5

¹⁰⁸⁶ Jacquin A., « Le bail commercial est-il un contrat d'adhésion ? », *Argus* n°52, Avril 2017, p. 2 et 4

¹⁰⁸⁷ Barbier J.-D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *GP* 5 juill. 2016, p. 55

¹⁰⁸⁸ Monéger J. « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », *RTD Com.* 2016, p.427

La première version de la loi, semblant mettre en avant la question essentielle de la présence ou non de conditions générales dans le contrat de bail commercial, comme bon nombre d'auteurs, certains auteurs ont pu très clairement affirmer que « *de la lettre de l'article 1110, on (pouvait) reconnaître la qualification de contrat d'adhésion aux baux commerciaux comportant des conditions générales* »¹⁰⁸⁹. Dès lors, cela semblait restreindre le domaine des baux commerciaux susceptibles d'être concernés par l'article 1171, même si ceux-ci rappelaient, dans un second temps, que « *les baux sont des contrats d'adhésion comportant un nombre impressionnant de conditions générales qui ne sont pas à discuter* »¹⁰⁹⁰.

346. Conditions générales et clauses générales, synonymie des termes. – Néanmoins dans la première version du texte, trop d'imprécisions entouraient la définition et l'importance des conditions générales. De plus, après la réforme de 2016, très rapidement les auteurs semblèrent appeler à relativiser leur importance. Certains affirmèrent, en effet, que le terme de « conditions générales » ne devait être interprété comme désignant un « bloc contractuel autonome », mais renvoyait à l'ensemble des clauses insérées au bail commercial par la seule volonté du bailleur. Il s'agirait, en conséquence, d'assimiler les « conditions générales » aux « clauses générales »¹⁰⁹¹.

347. Identification des conditions générales. – D'autres auteurs, comme Monsieur Barbier, cherchaient quant à eux à identifier les conditions générales parmi les nombreuses clauses possibles du bail commercial. Selon ce dernier, il serait possible de les déterminer, par élimination, en considérant que les conditions particulières concernent « *la désignation des lieux loués, le loyer, le commerce autorisé, la durée du bail* » et que, par conséquent, les conditions générales seraient toutes les autres clauses « *sur de nombreuses pages* »¹⁰⁹².

Il eut été judicieux en effet, à la lecture de la première version de l'article 1110 du code civil découlant de la réforme de 2016, de se focaliser plus particulièrement sur les contrats de baux commerciaux qui, en leur sein, comprennent véritablement une partie, ou sous-partie, intitulée très explicitement « *Conditions Générales* ». Cela est chose très fréquente, surtout dans le contexte très particulier propre aux chaînes commerciales, franchises, ou autres centres commerciaux sur lesquels nous allons revenir par la suite¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁹ Auque F., *ibidem*

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*

¹⁰⁹¹ Monéger J., *ibidem*

¹⁰⁹² Barbier J.-D., *ibidem*

¹⁰⁹³ *Infra* n° 355 et s.

Dans ce secteur précis, mais pas seulement, la pratique dite du bail « triple net » par laquelle le bailleur s'octroyait le droit de mettre à la charge du locataire tous les impôts et taxes, toutes les assurances, tous les travaux, etc, devant même être à sa charge, s'était considérablement généralisée. Antérieurement à la loi Pinel de 2014, de véritables contrats d'adhésion se sont développés. Cependant, une certaine rationalité s'impose à nous : le déséquilibre significatif, du moins la première version du déséquilibre significatif du code civil, pourrait s'appliquer aux baux à conditions générales, certes, mais seulement aux baux à conditions générales non négociées.

348. Rôle capital de la non-négociation. – L'appréciation de la négociation est capitale pour accepter qu'il y ait réellement déséquilibre significatif et contrat d'adhésion au sens de l'article 1110. Accepter qu'une clause, dès lors qu'elle apparaîtrait comme « à sens unique », ou dès lors qu'il semblerait « peu probable » qu'elle eut été négociée, puisse être sanctionnée par ledit déséquilibre significatif, c'est créer dans la pratique des baux commerciaux un problème épineux en ce qui concerne l'insécurité juridique.

Il est plus simple de l'illustrer par une image pratique : considérons un locataire, différent du locataire dont le profil est défini par le législateur de 1953. Ce locataire peut être instruit, stratège et particulièrement bien au fait des dernières réformes impactant le droit des baux commerciaux. Il ne parvient cependant pas à imposer la répartition des droits et obligations, entre lui et son bailleur, telle qu'il aurait pu l'espérer au début de leurs négociations sur les termes du contrat. Faisant mine de « courber l'échine » et d'accepter le contrat de bail « en l'état », il signe ce dernier puis part en contentieux en fondant son action sur le déséquilibre significatif du contrat, notamment au vu d'une prétendue absence de négociation sur les clauses litigieuses. Le locataire cherche alors le contrôle du contrat par le juge, et l'anéantissement des clauses en question. Dans cette fiction juridique, le locataire n'a plus besoin de négocier : le juge s'occupe lui-même de rééquilibrer le bail. D'autres manipulations du texte pourraient même être imaginées¹⁰⁹⁴.

349. La preuve de la négociation du contrat – Comme le soulignait déjà Madame Audebert, avant la phase de ratification de la réforme, « *on bute toujours sur la nécessité de définir la*

¹⁰⁹⁴ Mekki M., « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, D.2016, p.494

dose de négociation qui fera passer le contrat de l'une à l'autre catégorie »¹⁰⁹⁵, à savoir du contrat de gré à gré au contrat d'adhésion.

Monsieur Lagarde a envisagé les situations dans lesquelles la négociation est indéniable. Il met tout d'abord en avant, lui aussi, le risque de voir se multiplier les contentieux portant sur les clauses abusives pour les contrats d'affaires. Selon l'auteur, *« on sait les associations de consommateurs habilitées à agir en justice aux fins de faire supprimer les clauses abusives des contrats proposés par les professionnels. On sait aussi qu'elles ne s'en privent pas. Il se pourrait que, certes venu d'autres horizons, l'article 1171 du code civil suscite à l'avenir de semblables initiatives »*¹⁰⁹⁶.

Monsieur Lagarde dégage, ensuite, un cas de négociation indéniable puisque, selon lui, *« il faut partir du principe qu'à partir du moment où les conditions générales ont été modifiées par rapport à la version initialement rédigée par l'une des parties, il y a eu négociation »*. Dès lors, quelques différences entre « projet de contrat » et « contrat final », ou l'existence de plusieurs versions du contrat avant la signature du contrat final, suffiraient à faire dudit contrat un contrat négocié, et donc à exclure la qualification de contrat d'adhésion.

L'opinion de Monsieur Lagarde se trouve d'ailleurs conforté par un arrêt récent, et postérieur à la réforme de 2016, rendu par la Cour de cassation¹⁰⁹⁷. Monsieur Monéger¹⁰⁹⁸ a vu dans cet arrêt *« un exemple de contrat de gré à gré au sens de l'article 1110 du code civil »*, puisque la Cour de cassation n'a pas pu *« nier l'existence d'une négociation de bonne foi de la part du propriétaire (...) dès lors que le premier bail proposé (...) n'a pas été signé et que l'éventuel locataire a poursuivi sa quête de modifications »*. De plus, selon la cour d'appel, *« un courrier émanant du représentant (du locataire) rejetait les modifications demandées »* par le bailleur.

Plus important encore, l'appréciation de la négociation devrait être *« qualitative et non quantitative »*¹⁰⁹⁹. Mais ce point de vue ne fait pas encore l'unanimité en doctrine. Certains auteurs¹¹⁰⁰ considèrent que la qualification de contrat d'adhésion nécessite obligatoirement un contenu intégralement non-négocié. Dès lors, selon cette seconde idée, plusieurs clauses négociées ne suffiraient pas à exclure l'adhésion. Dans le cas du bail commercial, il

¹⁰⁹⁵ Auque F., « Réforme du droit des contrats et baux commerciaux : premier bilan », AJDI 2017, p.410

¹⁰⁹⁶ Lagarde X., « Questions autour de l'article 1171 du code civil », D. 2016, 2174

¹⁰⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 9 février 2017, pourvoi n° 15-28039, inédit

¹⁰⁹⁸ Monéger J., « baux commerciaux (1^{ère} partie) », JCP E n°23, 8 juin 2017, 1320

¹⁰⁹⁹ Lagarde X., ibidem

¹¹⁰⁰ Revet T., « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016, 15 septembre 2016, 1771

appartiendrait ainsi au juge de déterminer si la négociation, de telle ou telle clause, par exemple une clause de sous-location, une clause de résiliation, ou la clause d'exclusivité, apparaît assez importante, eu égard à l'ensemble du contrat, pour faire du bail un contrat d'adhésion.

Nous avons évoqué précédemment la situation dans laquelle un locataire pourrait invoquer une absence de négociation. Mais en réalité, le bailleur pourrait user de bien plus d'un moyen pour « recréer » un semblant de négociation. Il a, par exemple, été considéré que la simple multiplication d'emails entre les parties, comprenant des questions et des positionnements sur des clauses particulières, pouvaient à ce titre tout à fait suffire¹¹⁰¹.

350. Distinction selon les clauses ou selon les contrats ? – Au vu de ses difficultés d'interprétation, on comprend aisément pourquoi l'exigence initiale des conditions générales négociées semblait pouvoir être remise en question, au lendemain de l'entrée en vigueur de la réforme de 2016. Avant même sa ratification, Madame Delangle¹¹⁰² interprétait l'article 1110 et ses « conditions générales » assez différemment de tout ce qui a été exposé précédemment.

En effet, selon elle, il ne s'agirait non pas de faire une distinction parmi les clauses d'un contrat, mais de faire une distinction selon les contrats eux-mêmes. Selon l'auteur, les contrats véritablement ciblés par l'article 1171 sont les « contrats standardisés ». Prenant en considération l'article 1190 du code civil, lui aussi modifié par l'ordonnance de 2016 et peu évoqué par les commentateurs, selon lequel « *le contrat d'adhésion (s'interprète) contre celui qui l'a proposé* », et osant la comparaison avec ce qui se pratique dans les droits voisins, notamment dans le droit allemand, elle rappelle les caractéristiques propres aux conditions générales : il s'agit de l'absence de négociation, et de la détermination préalable et unilatérale des clauses.

351. Contrat standardisé et caractère préétabli. – Les discussions parlementaires qui ont eu lieu au moment de la ratification de la réforme, et les modifications apportées par la commission mixte paritaire au mois de mars 2018, semblent conforter cette idée.

Rappelons à nouveau que, le 11 décembre 2017, les députés de l'Assemblée Nationale émettait le souhait de modifier les articles 1110 et 1119 du code civil, afin de redéfinir les contrats

¹¹⁰¹ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016, p.427

¹¹⁰² Delangle C., « Le nouveau dispositif du code civil consacré au contrat d'adhésion », JCP E n°35, 31 Août 2017, 1452

d'adhésion, et de définir les conditions générales non négociées¹¹⁰³. Parallèlement, le projet de loi de ratification adopté par le Sénat redéfinissait le contrat d'adhésion « *en mettant l'accent sur le seul critère de la non-négociabilité : le contrat d'adhésion serait celui qui comporte des clauses non négociables, unilatéralement déterminées à l'avance par l'une des parties* »¹¹⁰⁴.

Finalement, au lendemain de la commission mixte paritaire, la clause qui crée le déséquilibre est désormais celle « *non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties* », et le contrat d'adhésion dorénavant « *comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

Dès lors, c'est bien le caractère « préétabli » de certaines clauses qui triomphe. Le contrat se signe sans même que l'on ne s'attarde sur ses clauses. A titre de méthode d'accélération¹¹⁰⁵, le contrat est « standardisé ». Sans la moindre négociation, il ne cherche pas à prendre en compte la situation réelle des parties. Concrètement, on se contente d'utiliser une formule, un modèle de « contrat type »¹¹⁰⁶, on modifie les intitulés pour faire apparaître l'identité des parties, et on adapte uniquement les clauses en rentrant les informations importantes : durée, loyer, indexation, destination. Enfin, on signe le bail commercial ainsi obtenu. Cette méthode participe à la création d'un « *droit des contrats professionnels* »¹¹⁰⁷.

C'est très souvent ce qu'il se passe lorsqu'un bailleur, propriétaire de plusieurs immeubles, proposera, par exemple, le même bail commercial à tous ses preneurs, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de son conseil juridique. Il est d'ailleurs à relever une certaine perversité dans cette façon de conclure les baux commerciaux, puisque ce sera, généralement, le locataire qui s'acquittera des honoraires et frais engendrés par la conclusion du contrat ...

352. Bail commercial en faveur du bailleur. – Chaque fois que le bail commercial sera standardisé, transmis au locataire pour simple signature, on retombera dans cet historique bipolarisme : le statut est fait pour le locataire, le contrat uniquement pour le propriétaire du local. Le stéréotype ancien du « méchant bailleur » ressurgit et se trouve, dans ce cas précis, finalement bien être une réalité.

¹¹⁰³ cf Monéger J., « Bail commercial - Baux commerciaux - Chronique Chronique dirigée par Joël Monéger », JCP E n° 4, 25 Janvier 2018, 1041

¹¹⁰⁴ Loiseau G., « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats : la Cour de cassation hâte le pas », Comm. com. électro. n° 1, Janvier 2018

¹¹⁰⁵ Gérard P., « L'accélération du temps juridique », Publications de la Faculté de Saint-Louis, Bruxelles, 2000

¹¹⁰⁶ Revet T., « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », RDC n° 01, 31/03/2015, p.199

¹¹⁰⁷ Chantepie G., « De la nature contractuelle des clauses-types », RDC n° 3, 01/07/2009, p.1233

Par la simple lecture des clauses de ces baux standardisés, on constate que tous les articles y figurant se contentent d'énumérer les droits du propriétaire et les obligations du locataire. Ce bail, à sens unique, nous permet de faire le lien avec le nouveau contrat d'adhésion du code civil puisque le bail commercial standardisé est toujours déterminé unilatéralement par une partie, et à l'avance.

Selon Monsieur Barbier, « *c'est un constat, un état de fait. Il n'y a pas lieu de rechercher qui est la partie forte, et qui la partie faible. Ces notions, de fort et de faible, sont aujourd'hui dépassées, secondaires. La société actuelle est d'abord caractérisée par la standardisation des offres de contrat. Que l'on soit fort ou faible n'y change rien : le contrat est prêt, on adhère ou on n'adhère pas* »¹¹⁰⁸.

Pour certains conseillers à la Cour de cassation¹¹⁰⁹, personnes assez proches de la réalité des contrats de baux, c'est en prenant en compte cet « *état de fait* » que l'on comprend que la volonté du législateur de protéger les petits commerçants pour que « *les boucheries ou les épiceries ne deviennent toutes des agences bancaires* », volonté encore présente dans la loi Pinel de 2014, est aujourd'hui vaine : « *Les baux, jadis rédigés à la main par les clercs de notaires, comportent, comme les contrats anglo-saxons, des centaines de pages que seul l'ordinateur permet de noircir ; Les clauses, souvent pré-rédigées et imposées au preneur, sont d'une telle sophistication que le bail commercial est devenu l'affaire de quelques spécialistes, (...) car le bail commercial désormais lie (oppose ?) la grande distribution et de puissants investisseurs immobiliers* ».

353. Equilibre(s). – Doit-on finalement y voir une application systématique et massive de l'article 1171 aux baux commerciaux, dès lors que les baux comporteront des dispositions à sens unique, c'est-à-dire en faveur uniquement de la partie qui propose le bail à l'adhérent ? La réponse sera probablement apportée par les juges dans les décisions futures.

Monsieur Monéger, sans doute pour calmer un peu les craintes, rappelle tout d'abord qu'il s'agira de prendre en compte les dispositifs assurant l'équilibre du bail commercial déjà existants dans le statut, notamment grâce à l'apport de la loi Pinel. Il considère que

¹¹⁰⁸ Barbier J.-D., *ibidem*

¹¹⁰⁹ Andrich I., « Baux commerciaux : analyse et portée de la jurisprudence », *Defrénois* n° 31-33, 14/12/2017, p. 40

l'appréciation de l'équilibre devra, non seulement se faire « *au regard de l'entier contrat* », mais également « *en incluant les déséquilibres imposés par la loi en la matière* »¹¹¹⁰.

En effet, comme nous le disions précédemment, si le contrat de bail peut parfois ne contenir que des dispositions en faveur du locataire, le statut peut également être considéré comme ne comprenant, en son sein, que des articles protecteurs du locataire. L'équilibre concerne donc également la coexistence entre droits et obligations de la loi, et droits et obligations du contrat. Il existe deux droits des baux différents : celui de la loi, et celui du contrat.

354. Doit-considérer que le contrat standardisé est par nature non-négocié, non-négociable, et donc abusif ? Il y a quand même un écart entre une technique uniquement destinée à gagner du temps, et une technique principalement destinée à abuser de son co-contractant¹¹¹¹. La Cour de cassation a déjà condamné la pratique contractuelle et l'usage des contrats « *pré-imprimés* »¹¹¹². Cependant elle n'allait pas encore jusqu'à coller clairement l'étiquette de clause abusive à la clause standardisée.

Finalement, au vu de l'évolution des textes et des avis, le bail standardisé apparaît survivre de façon sûre aux débats parlementaires et être particulièrement concerné par le déséquilibre significatif. Par conséquent, certains baux, plus standardisés et dépourvus de négociation que d'autres, vont être dans le viseur du juge devant appliquer l'ordonnance ratifiée. C'est le cas du bail de centre commercial.

B) Le bail de centre commercial : cas concret d'adhésion survivant indéniablement aux débats parlementaires

355. Le bail de centre commercial est depuis longue date défini comme contrat d'adhésion (1). Cette qualification ne semble pas remise en cause par les débats parlementaires de 2016 et de 2018 (2).

¹¹¹⁰ Monéger J., *ibidem*

¹¹¹¹ Beignier B., « La clause abusive aux frontières du droit des assurances et du droit de la consommation », D 2018. 836

¹¹¹² Cass., ch. mixte, 7 févr. 2014, pourvoi n° 12-85.107, Bull. mixte

Albiges C., « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », AJ Contrat 2017, 12 juin 2017, p.248

Zalewski V. « Location meublée et non-renouvellement du bail », AJDI 2011. 357

1- Constatation ancienne d'un bail de centre commercial d'adhésion

356. Choix d'un locataire ou choix d'un contenu ? – Il est assez unanimement reconnu qu'il existe de réels « *baux d'adhésion imposés dans les ensembles commerciaux* »¹¹¹³, dans lesquels « *le bailleur du centre commercial est le seul maître à bord* »¹¹¹⁴. C'est avant tout parce que l'édification et la promotion d'un tel centre sous-entend l'utilisation de sommes d'argent assez importantes, et une réelle prise de risque pour celui qui s'y consacre¹¹¹⁵.

Par conséquent, en centre commercial, choisir un locataire n'est pas un acte anodin. Bien souvent, il est mis en avant que, pour le bailleur de centre commercial, ce n'est pas tant que le locataire qui compte que le contenu du bail commercial. Dans cet esprit particulier, le « meilleur locataire » apparaît être le locataire qui signe le bail commercial en acceptant les clauses spécifiques que peuvent constituer, par exemple, les clauses prévoyant une longue durée, un loyer binaire, un droit de priorité en cas de cession du local ou une inscription imposée aux organisations associatives de commerçants¹¹¹⁶.

Il a toujours été relevé que, dans ces centres, « *les baux signés par les locataires s'assimilent souvent à de véritables contrats d'adhésion* »¹¹¹⁷. Les clauses y sont déterminées à l'avance, et le fait qu'on « adhère » au contrat est très facile à montrer quand on connaît le fonctionnement des centres commerciaux.

357. Bail de centre commercial, terrain d'expérimentation du droit des contrats. – Il est intéressant de noter que le bail commercial a toujours eu un rôle de premier choix dans l'élaboration du droit des contrats. Le bail commercial a pu être un terrain d'expérimentation pour le droit commun, en poussant par exemple le législateur, par la loi du 30 juin 1926¹¹¹⁸ relative à la propriété commerciale, à créer le tout premier droit de rétractation. De même, le bail commercial, par la création du mécanisme de révision des loyers en 1960¹¹¹⁹, offrit le « *premier cas particulier de consécration de la théorie de l'imprévision* »¹¹²⁰.

¹¹¹³ Barbier J.-D., Brault C.-E., « Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux », GP, 1 mars 2016

¹¹¹⁴ Auque F., « Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ? », AJDI, août 2007, p. 536

¹¹¹⁵ Panafieu L., « Le mythe de la propriété de la clientèle dans les centres commerciaux », AJDI 2001, p.1062

¹¹¹⁶ Jacquin A., « Les associations de commerçants », GP 17-18 octobre 2003, p. 2807

¹¹¹⁷ Barbier J.-D., Brault C.-E., *ibidem*

¹¹¹⁸ JORF du 1 juillet 1926 page 7210

¹¹¹⁹ Loi n° 60-783 du 30 juillet 1960 modifiant les articles 1er, 7,9,11,14 et 20 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal - Article 7

¹¹²⁰ Monéger J., *ibidem*

De là à y voir un signe, et à imaginer une vague d'arrêts rendus sur le fondement du déséquilibre significatif du code civil, il n'y a qu'un pas. Le bail de centre commercial, plus particulièrement, ayant été caractérisé depuis des dizaines d'années de contrat d'adhésion, ce pourrait bien être le sens de l'histoire. D'autant que, jusqu'à présent, l'application du déséquilibre significatif aux baux de centres commerciaux n'était refusée par le juge que parce que « *les relations entre bailleur et preneur liés par un bail commercial n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce* »¹¹²¹. La solution pourrait être différente pour ce qui est de l'article 1171 du code civil.

358. Notons, toutefois, que la législation et la jurisprudence propres aux baux commerciaux n'ont jamais réellement cherché à freiner le développement des pratiques propres aux centres commerciaux. En témoigne les décisions jurisprudentielles rendues dans les années 80-90 qui marquèrent l'extension des centres commerciaux. La position jurisprudentielle était la suivante : le bailleur de centre commercial n'a pas à avoir plus d'obligations que le simple bailleur. Dès lors, le seul recours du locataire restait le droit commun, avec notamment l'action fondée sur le trouble de jouissance. Le droit commun palliait donc l'impuissance du statut à rééquilibrer le contrat.

Mais la position jurisprudentielle changea quelque peu dans les années 2000. La Cour de cassation pouvait par exemple considérer qu'une « *bailleresse avait violé en connaissance de cause les obligations essentielles résultant d'un ensemble contractuel* »¹¹²². Ces années marquèrent effectivement un tournant important, et les baux de centres commerciaux commencèrent à être observés, scrutés par les praticiens et la doctrine. En 2007, Madame Auque écrivait que « *les centres commerciaux sont au cœur du débat entre liberté et réglementation* » et que, peut-être, ont-ils « *plus besoin que d'autres de liberté* »¹¹²³.

Il est amusant de constater que les auteurs comme les professionnels du droit ont, semble-t-il, répondu à cette problématique depuis fort longtemps. On n'hésitait pas affirmer que « *le bail commercial, particulièrement dans les centres commerciaux, (était) devenu un contrat*

¹¹²¹ Cass. civ. 3^e, 15 févr. 2018, pourvoi n° 17-11.329, publié au Bulletin
cf Lamyline, « L'article L. 442-6 du code de commerce non applicable au bail commercial », Documentation
Expresse, N°2018-06, 26 mars 2018

Et Rédaction Lextenso, « Déséquilibre significatif et compétence du TGI », GP n°11, 20/03/2018, p.43

Cette exclusion sera plus amplement traitée par la suite : infra n° 379

¹¹²² Cass. Com. 8 février 2005, pourvoi n°01-17.097

¹¹²³ Auque F., « Les particularités d'application du régime des baux commerciaux dans les centres
commerciaux », RDI n°6, 2007, p.497

d'adhésion »¹¹²⁴, dans lequel « *le candidat preneur n'a plus qu'à signer ou à ne pas signer le document pré-rédigé* »¹¹²⁵.

Il s'agirait d'un « *monde à part* »¹¹²⁶ dans la pratique des baux commerciaux, et le bail hôtelier serait même un formidable exemple de contrat d'adhésion puisque, « *à l'évidence, qui a eu entre les mains un bail de centre commercial ou un bail investisseur, a une idée assez claire de ce qu'est un contrat d'adhésion* »¹¹²⁷.

359. Pour certains auteurs, si ces baux spéciaux constituent des contrats d'adhésion, ce ne serait peut-être pas à cause de l'absence de négociation, mais plutôt eu égard au contexte commercial si particulier que constitue le centre commercial : au regard des caractéristiques des locaux, et de l'obligation de n'accepter que des activités commerciales différentes dans un même centre, l'insertion de ces clauses-types, que l'on ne retrouve que dans ces galeries marchandes, serait « *légitime, voire indispensable à la bonne exécution de tous les contrats de baux* » pour garantir la « *commercialité et l'homogénéité de l'ensemble* »¹¹²⁸.

Le fait que le bailleur fasse une proposition commerciale au preneur, comprenant à la fois le contrat et les multiples obligations inhérentes à un tel centre, ne serait pas abusif. Ce serait une simple offre qu'il reviendrait, par conséquent, au locataire d'accepter ou de ne pas accepter. On peut ainsi considérer que les choses sont plutôt clairement définies, dès le début, entre les parties. Encore faudra-t-il le faire comprendre au juge qui recherchera une hypothétique négociation, ou la faculté de l'adhérent de négocier en amont de la signature, notamment en application des nouvelles dispositions du droit des contrats.

2- Bail de centre commercial et réforme du droit des contrats

360. Le bail de centre commercial visé directement par les débats parlementaires. – Il est notable de relever que, pendant la « réforme de la réforme du droit des contrats », c'est-à-dire pendant sa ratification, les débats parlementaires ont, peut-être, été l'occasion de réaffirmer que le bail de centre commercial est le bail commercial d'adhésion par définition, notamment dans les « *quelques observations de la Direction des affaires civiles et du Sceau* »¹¹²⁹.

¹¹²⁴ Barbier J.-D., *ibidem*

¹¹²⁵ Auque F., « Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ? », *AJDI* août 2007, p.536

¹¹²⁶ Bouyeure J.-R. Barbier J.-D., « Le monde à part des centres commerciaux », *Administrer* juill. 2003, p. 21

¹¹²⁷ Monéger J., *ibidem*

¹¹²⁸ *ibidem*

¹¹²⁹ Chénédé F., « Interprétation du nouveau droit des contrats », *D.* 2017, p.2214

Les auteurs ont méticuleusement étudié les propositions d'améliorations du Haut comité juridique de place financière (HCJP), et de la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACS). Plusieurs propositions de la DACS ont d'ailleurs directement été reprises par les sénateurs dans les amendements apportés à l'ordonnance de 2016. C'est cette importante influence qui nous pousse à accorder une importance toute particulière à ces recommandations.

361. Nous constatons que, pour la DACS, le contrat d'adhésion ne se caractérise pas uniquement par l'absence de négociation. Selon cette direction, un contrat d'adhésion est un contrat préétabli « *pour le plus grand nombre* ». Ce ne serait donc pas la situation de « *non égal à égal* », pas non plus la non-négociation, mais principalement l'impossibilité de négocier. Nous pouvons déjà y voir une probable volonté de retour en arrière, pour réduire le champ d'application de l'article 1171.

En réponse à cela, la HCJP proposait de redéfinir le contrat d'adhésion de la façon suivante : il s'agirait de « *celui dont les stipulations générales, soustraies à toute négociation, sont fixées à l'avance et unilatéralement par l'une des parties* ». La suite est connue, les sénateurs ont pris le relais et ont, eux aussi, proposé, et fait adopter une nouvelle définition, afin de changer le texte et son esprit, en passant du « *contrat négocié* » à la « *négociabilité* ». La négociabilité marque ainsi la volonté d'ajouter l'idée de « *possibilité* ».

362. La possibilité de négocier. – Si ces propositions apparaissent, en partie, à l'origine du changement opéré par les parlementaires, il est intéressant de s'appuyer sur elles pour comprendre de quelle impossibilité il est question. S'agit-il seulement des situations où une multitude de co-contractants adhère à un même texte standardisé, et non plus du seul rapport contractuel dans lequel un co-contractant propose (impose), à un autre, une formule déjà utilisée ou qui ne serait pas assez faite sur mesure ? Nous comprenons par ce questionnement, que l'abandon de la référence aux conditions générales opéré change particulièrement la donne.

Les esprits les plus critiques pourront certes arguer que cette suppression ne révolutionne pas grand-chose dans la mesure où, en l'absence de définition, personne ne savait réellement de quelles conditions il était question. Cependant, le fait d'abandonner ces conditions générales, comme le souligne Monsieur Chénéde, plaiderait finalement plus pour une application large de l'article 1171. En effet, lorsqu'il fut question de définir, ou plutôt d'expliquer à quoi on faisait

allusion avec les contrats d'adhésion, le rapport de la Commission des lois du 11 octobre 2017¹¹³⁰, présenté au Sénat, précisa la chose suivante :

« Seraient aussi concernés les baux commerciaux lorsque les bailleurs institutionnels imposent des contrats-types sans en permettre la négociation » (...) « c'est notamment le cas pour les locaux loués dans les centres commerciaux ».

Précisons qu'il apparaît évident d'exclure la possibilité que le législateur ait souhaité, implicitement, proclamer un régime particulier pour ce type de bail commercial. Cela reviendrait à dire c'est-à-dire que les baux commerciaux de centres commerciaux sont seuls concernés par la sanction du déséquilibre significatif, ce qui conduirait, en quelque sorte, à nouveau à la protection de la seule partie faible. D'ailleurs, employer le terme *« notamment »* montre bien que, en ce qui concerne le déséquilibre, ce ne doit pas être le seul bail dont l'équilibre est à remettre en question. Ne négligeons toutefois pas le fait que la situation des centres commerciaux ait été particulièrement, et expressément, visée par le rapport de la Commission des lois, le 11 octobre 2017.

363. Bailleur institutionnel, bailleur professionnel – La Commission parle cependant de *« bailleur institutionnel »* : ce terme est généralement employé lorsque le bailleur se trouve être une personne morale, une institution ou une compagnie immobilière. Nous considérons donc possible qu'il ait été question de restreindre l'application du texte aux baux proposés par des *« bailleurs professionnels »*.

Il est important, a contrario, de s'interroger sur ce que pourrait être un bailleur *« non-professionnel »*. Monsieur Lafaurie a eu récemment l'occasion de se pencher sur la question, au moment d'étudier la compatibilité de l'article 1171 avec les textes spéciaux. Selon la conception du droit de la consommation, *« les non-professionnels étant définis comme « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »*, cela mènerait selon lui à *« une lecture restrictive du texte qui conduirait à exclure les personnes morales n'exerçant pas de telles activités comme les syndicats de copropriétaires ou les associations caritatives, ce qui serait absurde »*¹¹³¹.

¹¹³⁰ Pillet F., Rapport n° 22 (2017-2018), commission des lois, 11 octobre 2017, Sénat session ordinaire de 2017-2018

¹¹³¹ Lafaurie K., « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », JCP E n°35, 31 Août 2017, 1453

364. Critère de la spécialité. – Il pourrait s’agir d’apprécier le critère avec le champ défini par l’ordonnance du 10 février 2016 pour la capacité, à savoir les « actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires »¹¹³². C’est d’ailleurs ce que l’on appelle le « *critère de la spécialité* »¹¹³³. En application de celui-ci, le bailleur professionnel serait donc un « professionnel de l’immobilier ». Hypothétiquement, ce pourrait donc être l’exemple classique des compagnies immobilières. Il ne nous apparaît cependant pas certain qu’une telle restriction soit pertinente, tant celle-ci ne prend pas en considération la notion de pouvoir, et la capacité du bailleur d’être en position de supériorité dans la négociation : de nombreuses situations pourraient ainsi être exclues de pareil champ d’application.

D’ailleurs, à la suite de l’entrée en vigueur de l’ordonnance de 2016, il y eut des débats sur les nouvelles règles de capacité des personnes morales, et la majorité de la doctrine appelait à la suppression de ce critère¹¹³⁴. Pour cette raison, le texte fut modifié à la suite de la ratification de l’ordonnance en 2018, et le nouvel article relatif à la capacité des personnes morales comprend la règle suivante : « *La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* »¹¹³⁵. Cependant, même si ce nouveau texte semble moins restrictif que celui qu’il remplace, notons que certains auteurs considèrent « *que le principe de spécialité reste bien, jusqu'à preuve du contraire, la règle applicable en la matière* »¹¹³⁶.

365. Pour conclure de manière originale, notons que certaines commissions de réflexion sur la revitalisation du commerce français, ont récemment émis l’idée de prendre le centre commercial comme modèle afin de sauver les centres-villes. En effet, « *le regroupement des acteurs du centre-ville au sein d’organisations permanentes* » et « *la mise en place de managers de centres-villes* » serait à encourager sur le plan local, dans la mesure où « *la sauvegarde d’un centre-ville ne peut s’imaginer sans l’existence d’une organisation, quelle qu’en soit la forme, regroupant l’ensemble les acteurs de façon efficace et pérenne* »¹¹³⁷. Il s’agit d’une façon positive de concevoir le commerce de centre commercial.

¹¹³² C. civ., Art. 1145, version en vigueur du 1 octobre 2016 au 1 octobre 2018

¹¹³³ Cass., civ. 3^e, 4 fév. 2016, pourvoi n°14-29.347, Bulletin d’information 2016, n°844, III, n° 905

¹¹³⁴ Lecourt A., « Incidences de la loi de ratification de l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés », RTD com. 2018. 365

¹¹³⁵ C. civ., Art. 1145, version en vigueur au 1 octobre 2018

¹¹³⁶ Viudès V., « Juridique - Capacité juridique - L’impact de la réforme de l’alinéa 2 de l’article 1145 du code civil », JA, n°584, 2018, p.36

¹¹³⁷ Inspection générale des finances N° 2016-M-022, « rapport sur la revitalisation commerciale des centres-villes », Sous la supervision de Alain LECOMTE Président de la section HCSDT du CGEDD, juillet 2016

366. Le « costume » semble bien ajusté au bail commercial. Cela pourrait avoir un effet sur l'équilibre fondamental du bail commercial, notamment parce que droit spécial et droit commun sont compatibles.

SECTION 2 - L'EQUILIBRE FONDAMENTAL DU BAIL COMMERCIAL SOUMIS AU NOUVEAU DROIT DES OBLIGATIONS

367. L'équilibre fondamental depuis les dernières réformes. – L'intention du législateur, en 2014 avec la loi Pinel, était de rééquilibrer et encadrer uniquement les clauses relatives aux charges, travaux et impôts. Il n'était pas prévu qu'autre chose puisse être régulé. Ce cantonnement, prévu à la base comme rempart à l'insécurité juridique, pourrait être, avec la dernière réforme du droit des contrats, bouleversé dans la mesure où le contrôle pourrait porter sur beaucoup plus que les simples charges imposées au locataire, avec ce même objectif d'équilibre, ce qui est à souligner tant la place de l'équilibre dans notre droit des obligations « ancien » pouvait laisser perplexe.

Il était nécessaire, pour la deviner, d'adopter une vision personnelle et humaine, pour trouver l'équilibre comme découlant directement de la rencontre des volontés données de bon gré. L'équilibre dans les règles anciennes concerne, notamment, la formation du contrat et se retrouve, dès lors, uniquement dans les textes combattant l'abus susceptible d'en résulter : c'est-à-dire dans les dispositions propres au dol, à la désinformation, à la violence, etc ...

Elle est nettement plus affirmée désormais, mais sa place peut paraître assez ardue, tant la volonté du législateur, en 2016, est de mêler solutions anciennes et solutions nouvelles. Pour ce qui est des innovations, le déséquilibre significatif a fait une entrée fracassante au sein du code civil. Ne pouvant, toutefois, s'appliquer qu'aux seuls contrats d'adhésion, les nombreux contentieux, et les solutions jurisprudentielles en résultant, achèveront de délimiter le champ d'application de l'article 1171 du code civil, ce qui permettra de répondre à la question de savoir quels baux commerciaux sont concernés. S'il apparaît fort probable que tous ne seront pas concernés, nous prenons, dans cette section, le parti de considérer qu'il trouvera à s'appliquer largement.

368. Une autre philosophie de protection. – Théoriquement, l'application de la réforme du droit des contrats aux baux commerciaux va ainsi permettre d'insérer dans ce droit spécial,

une toute « *nouvelle philosophie* »¹¹³⁸. Il ne serait plus question, uniquement, de protéger la partie faible, mais de combattre les contrats dans lesquels la balance, qui mesurerait l'équilibre entre les obligations respectives des parties, pencherait sévèrement d'un côté.

Il ne s'agirait pas de la même philosophie, mais l'objectif demeurerait relativement le même, à savoir accroître la protection des parties. La différence tiendrait au fait que le législateur ne s'intéresse plus uniquement au contenu, mais également à la situation dans laquelle se trouvaient les parties au moment d'accepter de signer le contrat et donc d'y adhérer.

369. Outre l'interrogation relative aux clauses pouvant être sanctionnées dans les contrats de baux commerciaux, après la réforme du droit des contrats, à laquelle nous tenterons d'apporter des réponses en deuxième partie¹¹³⁹, reste pour ces mêmes baux commerciaux la question de la cohabitation entre droit commun et règles spéciales (*Paragraphe 1*). Cela pourrait inciter les parties à aménager, au plus vite, leurs baux commerciaux (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1- Le caractère transversal du droit des baux commerciaux

370. Le caractère transversal du droit des baux commerciaux¹¹⁴⁰ justifie l'intérêt d'étudier la compatibilité entre le droit commun des contrats et les règles fondamentales du statut (A). Mais cette transversalité va également avoir une incidence sur l'articulation de certaines règles, dont les fondements et les sanctions ne sont pas les mêmes : nous mettons en avant, dans cette thèse, le fait que le droit positif connaît désormais plusieurs déséquilibres significatifs. Si, certains auteurs envisageaient, fut un temps, la combinaison de ceux-ci, il semble que ce ne soit désormais plus possible (B).

A) Les baux commerciaux et le droit des obligations

371. Une transversalité parfois méconnue. – Le bail commercial est « *bien moins isolé du droit commun que ce qu'une première analyse pourrait laisser penser* »¹¹⁴¹. Monsieur Miron rappelle en effet que le droit des baux commerciaux a un « *caractère transversal* ». La place du droit commun des contrats, dans le vaste droit des baux commerciaux est parfois oubliée. Lorsque le bail commercial est étudié, pratiqué, on peut parfois avoir le réflexe de penser aux seules règles spéciales du statut présentes au sein du code de commerce. Lorsque l'on est en

¹¹³⁸ Revet T., « Une philosophie générale ? », RDC 2016, p. 5.

¹¹³⁹ Infra n° 511 et s.

¹¹⁴⁰ Larousse.fr

¹¹⁴¹ Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

présence d'un bail, afin de trouver le régime et les règles qui lui sont applicables, on se demande quelquefois, uniquement, « *si l'on se place sous le régime des baux d'habitation, des baux professionnels, des baux mixtes, des baux commerciaux, des baux ruraux, des autres baux, si bien que, le plus souvent, le contrat, à la dérive, a été absorbé par le statut* ». Pourtant, « *il ne faut pas pour autant tenir les règles du code civil comme inexistantes* »¹¹⁴².

372. Règles générales, sous réserve des règles particulières. – Avant la création du statut en 1953, le droit applicable aux relations unissant bailleurs et locataires commerciaux étaient intégralement issues du code civil, et de sa jurisprudence applicable. Le bail commercial avant tout est un contrat de louage, et en dépit de la présence du statut, « *les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières* »¹¹⁴³. Chaque fois qu'une règle du code civil n'est pas écartée explicitement par une règle d'ordre public du statut, elle peut trouver application.

Avant la réforme de 2016, cette règle était affirmée par l'article 1107 du code civil selon lequel « *les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales (...). Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux (...) et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* »¹¹⁴⁴.

A titre d'exemple, comme le rappelle Madame Auque, depuis des décennies, « *en matière de baux commerciaux, la conclusion relève du droit commun, alors que le renouvellement est soumis au statut* »¹¹⁴⁵.

373. Principe repris par la réforme du droit des contrats. – L'ordonnance de 2016 a opéré un changement, en reformulant légèrement la règle, et en l'insérant dans le nouvel article 1105 du code civil. Désormais, « *les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Celui-ci n'a pas été modifié par la ratification de 2018.

¹¹⁴² Woog J.-C., « Diaporama d'un demi-siècle », GP n° 14, 27 mai 2000, p.5

¹¹⁴³ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016, p.427

¹¹⁴⁴ C. civ. Art. 1107, créé par la loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

¹¹⁴⁵ Auque F., « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

Le rapport au Président de la République précisait l'interprétation qu'il s'agit de faire de ce nouvel article :

« Les règles générales posées par l'ordonnance seront, notamment, écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément, avec certaines règles prévues par le code civil, pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels le code de commerce, ou de la consommation »¹¹⁴⁶.

L'intérêt d'une telle rédaction pourrait être de mettre fin au réflexe évoqué précédemment, en rappelant que, quelle que soit la qualification du bail en présence, les parties doivent continuer de faire application des règles générales du droit commun des contrats. A contrario, dès lors qu'existeront des règles spécifiques aux baux commerciaux, les parties devront généralement s'y soumettre.

374. Nouveaux mécanismes concurrençant les règles fondamentales du statut. –

L'effet pervers qui pourrait toutefois en découler, serait de voir se multiplier les actions tendant à la requalification du contrat, ou cherchant à obtenir l'exclusion du statut, afin de pouvoir jouer avec les nouveaux mécanismes du code civil censés permettre de rééquilibrer le contrat de louage en question.

S'il est d'ores et déjà acté, en doctrine¹¹⁴⁷, qu'en application de cette règle de répartition simple, les parties ne pourront probablement pas utiliser le nouvel article relatif à l'imprévision, à savoir l'article 1195 du code civil, en lieu et place des règles encadrant l'augmentation du loyer de plus de 25% en application d'une clause d'échelle¹¹⁴⁸, le bail commercial devra en revanche passer le test de la jurisprudence en ce qui concerne, notamment, le déséquilibre significatif. La jurisprudence a d'ailleurs récemment réalisé un premier apport en ce qui concerne le choix de l'action du demandeur.

¹¹⁴⁶ Gaudemet S., « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », Contrats conc. consom. n° 5, mai 2016

¹¹⁴⁷ Monéger J., *ibidem*

¹¹⁴⁸ Celles de l'article L. 145-39 du code de commerce, modifié par la loi Pinel de 2014 : « En outre, et par dérogation à l'article L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire. La variation de loyer qui découle de cette révision ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente ».

B) Déséquilibre(s) significatif(s) et bail commercial : probable absence de choix de l'action du demandeur

375. Trois déséquilibres significatifs. – Pour ce qui est du déséquilibre significatif, ce qui pourrait poser le plus de difficultés, ce n'est finalement pas la cohabitation entre le droit commun et le statut, mais plutôt la cohabitation entre le droit commun et les autres droits spéciaux potentiellement applicables au bail commercial. En effet, il existe désormais plusieurs déséquilibres significatifs sanctionnés au sein du droit français. Dès lors, la question de l'articulation du nouveau déséquilibre significatif de l'article 1171 du code civil, avec ceux du code de la consommation ou du code de commerce, va forcément se poser.

376. Deux champs d'application intéressant le bail commercial. – La doctrine majoritaire considère désormais que « *seuls les contractants qui n'entrent ni dans le champ de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, ni dans celui de l'article L. 212-1 du code de la consommation* »¹¹⁴⁹ pourront se voir appliquer l'article 1171 du code civil.

Pour ce qui est du bail commercial, c'est plus particulièrement l'articulation entre les déséquilibres significatifs du code civil et du code de commerce qui peut poser question. Le troisième déséquilibre significatif, issu du code de la consommation, et ne pouvant être invoqué que par des consommateurs, c'est-à-dire par « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »¹¹⁵⁰, est en effet exclu de cette étude.

Il s'agirait donc de s'intéresser aux deux seuls articles L. 442-6, I, 2° du code de commerce, et 1171 du code civil, « *les conditions et le régime des deux textes n'étant pas en tous points identiques* »¹¹⁵¹.

Même si nous reviendrons en seconde partie sur cette notion¹¹⁵², notons, dès à présent, que l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce nécessite que l'on soit en présence d'une relation unissant deux « partenaires commerciaux ».

¹¹⁴⁹ Licari F.-X., « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », RLDC N° 144, 2017

¹¹⁵⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

¹¹⁵¹ Gaudemet S., *ibidem*

¹¹⁵² *Infra* n° 632

377. Enjeu de la différence de sanction. – La différence concrète entre l’application de l’un ou l’autre de ces deux déséquilibres significatifs, justifiant l’intérêt d’une telle étude, concerne la sanction applicable à la clause créant le déséquilibre. Pour le déséquilibre significatif de droit commun, la sanction est le réputé non écrit. En revanche, pour ce qui est de celui du code de commerce, la solution est plus difficile à apporter.

L’article du code de commerce ne prévoit ni la possibilité d’obtenir la nullité de la clause litigieuse, ni la possibilité pour le juge de prononcer le réputé non écrit. Aucune solution jurisprudentielle claire ne s’est encore dégagée, les décisions rendues étant assez peu constantes¹¹⁵³, mais la doctrine semble plutôt pencher pour la nullité¹¹⁵⁴. D’autres auteurs plaident pour une action en responsabilité¹¹⁵⁵.

Il y aurait donc deux actions distinctes tendant à sanctionner un déséquilibre significatif mais avec deux conséquences différentes : une action pourrait conduire à éliminer la clause abusive, quand l’autre action pourrait aboutir à engager la responsabilité de son rédacteur.

378. Cumul des deux actions ? – Certains auteurs se sont donc posés la question de la possible application de ces deux déséquilibres significatifs au bail commercial. Madame Auque envisageait la possibilité qu’il faille « *écarter du droit commun les cocontractants visés par le code de commerce (...), donc les bailleurs ayant la qualité de commerçant* »¹¹⁵⁶.

La question qui se pose est donc le choix de l’action, voire du cumul des deux actions. L’auteur prenait le parti de considérer que, les deux actions ne poursuivant pas précisément les mêmes objectifs, ne nécessitant pas la réunion des mêmes conditions, et n’ayant donc pas les mêmes effets, puisse être admissible « *l’application alternative, voire cumulative des deux textes* ». Dès lors, selon cette idée, la partie subissant le déséquilibre pouvait être en droit de choisir de fonder son action sur l’un ou l’autre des deux articles, ou même de cumuler les deux actions.

379. Un seul déséquilibre significatif susceptible d’être appliqué au bail commercial.

– Une décision très récente de la troisième chambre civile de la Cour de cassation semble

¹¹⁵³ Décidant le réputé non écrit : CA Rouen, ch. civ., 12 déc. 2012, n° RG : 12/01200 ; CA Paris, 7 juin 2013

Décidant la nullité : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n° RG : 13/11059

¹¹⁵⁴ Licari F.-X., *ibidem*

¹¹⁵⁵ Mekki M., « L’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D.2016, p.494

¹¹⁵⁶ Auque F., *ibidem*

pourtant mettre un frein à cette possibilité¹¹⁵⁷. Les auteurs ont pu signaler qu'il s'agissait d'une décision inédite¹¹⁵⁸.

En vertu de celle-ci, « *les clauses d'un bail commercial ne peuvent pas entraîner la responsabilité du bailleur pour soumission du locataire à un déséquilibre significatif au sens du droit de la concurrence* ». Ainsi le bail commercial ne serait « *pas soumis au déséquilibre significatif réprimé par le code de commerce* »¹¹⁵⁹, et ce, parce que le bail commercial, en tant que contrat de louage, n'est pas un contrat de prestation de services.

380. Même s'il ne s'agit que de la première décision rendue en la matière, plus que jamais, il semble falloir considérer que seul le déséquilibre significatif du code civil puisse sanctionner le bail commercial. C'est ce qui motive désormais les contractants à tenter l'aménagement de leur contrat afin de, notamment, repousser cette sanction.

Paragraphe 2- Réforme du droit des contrats et tentation de l'aménagement contractuel des baux commerciaux

381. S'agissant de la tentation des cocontractants d'aménager différemment leur bail commercial, nous continuons ici d'étudier le nouveau déséquilibre significatif (A). Mais au-delà de celui-ci, l'aménagement contractuel concernera l'intégralité du nouveau droit commun impactant l'équilibre des baux commerciaux et, par conséquent, d'autres nouveaux mécanismes (B).

A) Aménagement contractuel, dans la qualification du bail commercial, pour écarter le nouveau déséquilibre significatif du code civil

382. Preuve du bail négociable. – Selon la solution qui leur est la plus favorable, bailleurs et preneurs devront toujours être en mesure de démontrer qu'il y a eu, ou qu'il n'y a pas eu, de négociation du bail commercial avant la signature de celui-ci. Les parties s'attelleront ainsi, par tout moyen, à « *établir la preuve d'un procédé visant à noyer le négociable dans l'imposé* »¹¹⁶⁰. Nous verrons dans la deuxième partie de cette thèse que le juge, historiquement, adopte toujours une interprétation restrictive des clauses en faveur du locataire¹¹⁶¹. Est-ce que

¹¹⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 15 février 2018, pourvoi n° 17-11.329, publié au Bulletin

¹¹⁵⁸ Loyer-Bouez D., « L'exécution d'un bail commercial ne peut créer un « déséquilibre significatif » réprimé par le Code de commerce », Ed. FR Lefebvre, La Quotidienne, 20 mars 2018

¹¹⁵⁹ Mercadal B., Mémento Droit commercial 2018, Ed. FR Lefebvre, 11 avril 2018, 1728 pages

¹¹⁶⁰ Monéger J., *ibidem*

¹¹⁶¹ *Infra* n° 481

cela sera également le cas lorsque le juge sera confronté à la demande d'un preneur, évoquant la non négociabilité de son bail commercial, et demandant la sanction de certaines de ses clauses ?

Il nous apparaît cohérent de penser que la réforme du droit des obligations va trouver largement à s'appliquer aux contrats de baux commerciaux les plus déséquilibrés, la loi Pinel de 2014 n'apportant de sanction que pour les uniques clauses abusives sanctionnant les charges et travaux. Les parties en ayant déjà pris conscience vont chercher à limiter le risque juridique, et s'aménager la preuve de la négociation, faisant ainsi en sorte d'écarter la qualification de contrat d'adhésion.

383. Clauses déterminées à l'avance. – Malgré les modifications apportées par la ratification de la réforme au déséquilibre significatif¹¹⁶², subsiste la condition des clauses « *déterminées à l'avance par l'une des parties* » pour que la sanction de ce dispositif puisse s'appliquer.

384. On comprend immédiatement qu'il s'agirait, pour le rédacteur du contrat, de faire en sorte que le contrat ne paraisse pas standardisé, ou composé d'un assemblage de clauses, non personnalisées. Celui-ci doit avoir été rédigé afin d'être « adapté » aux parties. Plusieurs techniques sont envisageables. A ce titre, il est possible de se demander si l'intervention d'un juriste, d'un avocat, ou de tout autre rédacteur professionnel, ne suffirait pas à écarter la qualification de contrat d'adhésion. Ce serait une formidable publicité pour les praticiens et professionnels du droit.

Plus que jamais, le contexte de la négociation aura son importance, et on voit déjà, dans la pratique, les préambules de contrats d'affaires s'agrandir afin de retracer précisément le déroulement des échanges, et l'intervention de tel ou tel conseil. La pratique semble tout à fait à conseiller en ce qui concerne les baux commerciaux.

385. L'insertion de clauses écartant l'article 1171 à proscrire. – Monsieur Monéger, a également déjà pu constater les premiers effets de la réforme du droit des contrats dans la rédaction des baux commerciaux. Pour ce qui est d'écarter le déséquilibre significatif, il relève que les parties, qu'il qualifie de « *contre-révolutionnaires* » « *qui montent à l'assaut sont les*

¹¹⁶² Supra n° 342

bailleurs », et qui « cherchent comment contourner les nouvelles dispositions du code civil »¹¹⁶³, usent de nouvelles clauses cherchant à écarter l'article 1171 du code civil. En témoigne la clause suivante qu'il met en relief :

« Les parties conviennent que le contrat de bail sur lequel elles se sont accordées, est rédigé en deux blocs. Elles s'accordent pour reconnaître que cette dissociation a seulement pour objectif une gestion locative plus aisée. Elles constatent donc que le contrat de bail a été librement négocié entre elles et reconnaissent qu'il est un contrat de gré à gré au sens de l'article 1110 du code civil, et que dès lors, l'article 1171 du code civil n'est pas applicable à leur contrat ».

Celle clause est sans doute destinée à prouver la non-standardisation du contrat. On ne peut pourtant s'empêcher d'y voir la preuve que l'une des parties a imposé, à l'autre, la qualification du contrat en contrat de gré, afin d'y insérer, plus subtilement, des clauses abusives rendant le contrat déséquilibré. Chercher à montrer que le contrat n'est pas un contrat-type, pourrait être assez astucieux, certes. Cependant, aucune preuve n'est apportée, en l'espèce, quant à la négociabilité du contrat et, pire encore, nous sommes peut-être tout simplement en train de lire une toute nouvelle clause standardisée !

Selon Madame Auque, « de telles pratiques, qui heurtent bien sûr le principe de bonne foi, constitueraient une fraude à la loi, puisque l'article 1171 est d'ordre public, fraude sanctionnée par l'inopposabilité ou la nullité de la ou des clauses prétendant le contrat de gré à gré »¹¹⁶⁴.

Nous déconseillons donc catégoriquement ce procédé rédactionnel. « Le contrat de gré à gré ne s'affirme pas (et) la qualification se prouve par tous moyens, écrits, témoignages, etc »¹¹⁶⁵. Encore une fois, nous affirmons qu'il eut été plus judicieux de prendre la peine de « personnaliser » le contrat, et de relater les différentes étapes de rédaction et discussion du contrat. Mais, il est parfois assez difficile de rédiger une histoire qui ne s'est produite ...

386. Au-delà du déséquilibre significatif, la tentation de l'aménagement contractuel va probablement concerner tous les nouveaux mécanismes du droit des obligations susceptibles de remettre en cause le contenu du bail commercial.

¹¹⁶³ Monéger J., « Contre-révolutions et baux », Loyers et copr. n° 11, novembre 2016

¹¹⁶⁴ Auque F., « Réforme du droit des contrats et baux commerciaux : premier bilan », AJDI 2017, p.410

¹¹⁶⁵ Ibidem

B) Aménagement contractuel du bail commercial, par l'exclusion d'articles supplétifs issus du nouveau droit commun

387. Incertitudes et insécurité juridique. – En vérité, on n'évalue pas encore la portée de la réforme du droit des obligations. Il est, dès lors, trop tôt pour dresser un bilan sur les effets de l'ordonnance et sa loi de ratification sur les baux commerciaux¹¹⁶⁶. Ces dernières années, appliquer les dernières réformes aux baux commerciaux en cours, cela posait déjà des difficultés en matière d'application de la loi dans le temps. S'ajoute à cela un nouveau problème avec l'hypothétique application d'un nouveau droit commun.

388. Des dispositions pour la plupart supplétives. – Par conséquent, l'insécurité et l'incertitude étant grandes, le rédacteur du bail commercial constatera, avec soulagement parfois, que beaucoup de dispositions issues de l'ordonnance de 2016, ratifiée en 2018, sont supplétives. De ce fait les rédacteurs prendront la précaution d'écarter certains dispositifs. C'est, d'ailleurs, principalement ce qui a fait dire à certains auteurs que l'impact de la réforme du droit des contrats pourrait finalement être assez relatif.

C'est pourquoi, ressurgit le débat préliminaire de la place de la liberté contractuelle, dans le droit des baux commerciaux, ainsi que la limite entre « ordre public » et « autonomie des volontés ». Face à l'absence de précisions claires, nettes et définies, et à l'absence de jurisprudence constante, interprétant les nouveaux textes, les praticiens et les acteurs économiques que sont les bailleurs et les locataires vont probablement, tous, chercher à refaçonner leurs contrats, que ce soit par voie d'avenant, de renouvellement, ou de réactualisation de leurs clausiers¹¹⁶⁷.

Redynamiser notre économie, et promouvoir le droit des contrats français, c'était l'objectif de la réforme de 2016. Pourtant, force est de constater que l'on n'y obtient, que très rarement les solutions aux questions juridiques que l'on se pose. En vérité, à l'heure actuelle, et toujours en l'absence d'une jurisprudence établie, la seule ressource dont pourrait disposer le rédacteur est l'interprétation de la doctrine. Mais les commerçants ne sont que très rarement abonnés à des bases de données juridiques permettant d'y avoir accès ... Remarquons que cela ne leurs serait que partiellement bénéfique, tant les interprétations de chaque texte sont encore multiples, ce qui est normal dans la mesure où, par exemple, « *rien dans la réforme, pas même dans les*

¹¹⁶⁶ Ibidem

¹¹⁶⁷ Recueil ou base de données de clauses types qu'utilisent les professionnels du droit notamment

dispositions dites « liminaires », ne permet d'établir un principe de distinction entre ordre public et liberté contractuelle comme le fait le statut des baux commerciaux »¹¹⁶⁸.

Une réponse apparaît pourtant dans le contenu du rapport au Président de la République, puisqu'il y est précisé que « *la présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire (...), il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception* ».

Dès lors, la place laissée à la liberté contractuelle apparaît être importante. Seraient, en revanche, d'ordre public, tous les articles prévoyant une sanction telle que le réputé non écrit, ou la nullité du contrat. Ainsi, à titre d'exemple, le déséquilibre significatif serait incontestablement d'ordre public.

389. Principe du supplétif à relativiser au regard de l'importance d'autres principes fondamentaux. – Que penser des dispositions ne comprenant aucune sanction ? A l'heure actuelle, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'accorder une confiance absolue à la répartition simple selon laquelle, lorsque la stipulation n'est pas prévue d'ordre public, celle-ci est forcément supplétive. La grande complexité de la réforme¹¹⁶⁹ a un impact beaucoup plus important que ce que ce dernier principe semble vouloir indiquer.

La liberté d'aménagement des contrats, eu égard au nouveau droit commun, ne doit absolument pas être envisagée à la simple lumière de l'ordre public. La raison tient à trois choses, à savoir l'importance des trois éléments que sont la bonne foi, l'obligation essentielle, et le déséquilibre significatif. Ces trois principes sont d'ordre public, et peuvent rejaillir sur n'importe clause, même encadrée par une disposition du code civil non explicitement d'ordre public.

Dès lors qu'une partie imposera une clause, ou la non-application d'un article du code civil, le juge restera en mesure de qualifier un abus, un déséquilibre, ou une clause déchargeant une partie de son obligation essentielle, l'obligation de délivrance par exemple pour le bailleur.

¹¹⁶⁸ Auque F., *ibidem*

¹¹⁶⁹ En ce sens, Brignon B., in « Les baux commerciaux depuis la loi Pinel », *Cah. de dr. de l'entr.* n° 3, Mai 2015, dossier 13, relève que « *les interrogations continuent de pleuvoir* » et que « *la matière déjà complexe l'est encore plus* ».

« Pour le reste, le feu est ici soit au vert, soit à l'orange tant que la jurisprudence, avec l'éclairage de la doctrine, n'aura pas accru la prévisibilité des solutions. Tant mieux pour les avocats-conseils : moins leur tâche est facile, plus leur assistance est précieuse ! »¹¹⁷⁰

¹¹⁷⁰ Choné-Grimaldi A.-S., « Aménager le droit des contrats », JCP E n° 25, 23 Juin 2016, 1374

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

390. *Statut, pluralité de régimes, ordre public, liberté contractuelle, exclusion ponctuelle du statut, caractère parcellaire de ce dernier, absence de règles, protection de deux entités différentes, opposition d'intérêts respectifs différents, équité, offre et demande, marché, place du juge, partie faible, violence, dépendance, adhésion...*

391. Déjà nous cernons toute la difficulté de la recherche de l'équilibre par les fondamentaux légaux. Il est chose beaucoup plus aisée de déceler une multitude de déséquilibres que de créer un corpus de règles garantissant un équilibre. Le législateur est confronté à plusieurs formes de déséquilibres qui, ne se manifestant ni de la même manière, ni dans les mêmes circonstances, concernent des enjeux différents. Il est même parfois possible de se demander, tant cette tâche paraît complexe, si le législateur a réellement connaissance de l'équilibre recherché, ou si ce dernier n'est pas devenu, avec le temps, un simple intitulé, une simple façon de justifier sa réforme.

L'équilibre du bail commercial, les auteurs ont admis depuis des décennies qu'il était cornélien de l'obtenir¹¹⁷¹. Pourquoi tant de difficultés ? La réponse est peut-être à trouver dans la difficile coordination de la nécessité économique de notre pays à se réformer pour obtenir une redynamisation du commerce, avec les enjeux sociaux que supporte la politique du logement et de l'immobilier, et l'équilibre des droits et obligations des locataires et des propriétaires. Madame Auque expliquait, à ce titre, que « *réaliser un équilibre, quelle qu'en soit la nature, consiste d'une part à consacrer des convergences, d'autre part à concilier au mieux des divergences* »¹¹⁷².

392. Le législateur, par interventionnisme législatif en 2014, c'est-à-dire par la loi Pinel du 18 juin 2014, prend le pari du renforcement de la stabilité du commerçant en, selon beaucoup de commentaires acerbes, surprotégeant ce dernier, et en réduisant le champ de la liberté contractuelle du bailleur. Ainsi, nous pourrions y voir une protection exacerbée du locataire, et une terrifiante atteinte à la liberté contractuelle. Mais est-il possible de considérer que la loi est trop favorable au locataire ? Monsieur Bus considère que non. Selon lui, « *la protection*

¹¹⁷¹ Aubert J., « Les difficultés d'un équilibre », D. 1986. Chr. p. 247

Auque F., « Rapports locatifs : L'équilibre introuvable », JCP G n° 50, 1989, I, 3421

¹¹⁷² Ibidem

*encadrée du locataire rend pérenne l'investissement du bailleur et stabilise ses flux financiers »*¹¹⁷³.

L'objectif principal de la loi était de rétablir l'équilibre dans les relations entre bailleurs et locataires. Le législateur, comme le pense Monsieur Buy, a une nouvelle fois considéré que « *le preneur était en position de faiblesse vis-à-vis de son bailleur, comme le salarié le serait vis-à-vis de son employeur* »¹¹⁷⁴. Nous considérons que cela aurait dû être remis en question.

Lorsque le statut des baux commerciaux a été créé, il s'agissait principalement de protéger de petits boutiquiers, tels que des artisans, des boulangers, des tailleurs, etc... A cette époque, ces commerçants n'étaient effectivement pas fondamentalement armés face aux bailleurs. C'est ce que le décret-loi de 1953 exposait, en retenant que les commerçants locataires se trouvaient dans une parfaite « *ignorance de leurs droits* ». Aujourd'hui, le profil du preneur nous semble devoir être repensé.

Notons bien que, pour l'instant, les bailleurs ne sont pas à plaindre. En effet nous avons, tout au long des développements qui précèdent, mis l'accent sur un point qui anéantit ce dernier argument : nous avons relevé l'absence quasi-systématique de l'ordre public, dans les nouvelles dispositions de la loi Pinel, et donc de l'actuel statut des baux commerciaux. La loi offre des exceptions, des voies d'issues aux bailleurs. Ceux-ci pourront, s'ils le souhaitent réellement, toujours échapper au plafonnement, supprimer la résiliation triennale, faire de l'ICC l'indice d'indexation du loyer.

393. Pour répondre à la précédente question de savoir s'il n'est pas, en 2018, pertinent de commencer à repenser le statut, en assimilant les changements sociaux et économiques qui font que le preneur de 2018, justement, n'est plus le même que le preneur de 1953, il peut être intéressant de regarder les solutions retenues à l'étranger, notamment en Italie.

En effet, historiquement, France et Italie ont toutes les deux choisi de protéger la « partie faible » en matière de bail commercial. C'est une similitude historique comme le relève Madame Bélinguier-Raiz¹¹⁷⁵. Pourtant cette correspondance prend fin en 2014. Lorsque la loi Pinel, en France, continue de faire référence à la protection de la partie faible, l'Italie prend le risque de

¹¹⁷³ Bus J.-P., « La loi Pinel au service des bailleurs ? », AJDI 2015, p. 1

¹¹⁷⁴ Buy G., « Regards pratiques sur la nouvelle répartition des charges, travaux et impôts », ch. dr. entr. n° 3, Mai 2015

¹¹⁷⁵ Bélinguier-Raiz E., « La lutte contre la crise par la réforme des baux commerciaux », AJDI 2016, 110

renverser sa philosophie législative : elle choisit, effectivement, de donner priorité à la protection du bailleur, en offrant à ce dernier un ensemble de nouveaux principes plus souples, garantissant plus de liberté et censés rééquilibrer la relation bailleur-preneur.

L'Italie, pour la première fois, a osé libéraliser plusieurs formes différentes de bail commercial, considérant que le maintien en place du carcan strict des baux commerciaux aurait été, pour son économie, un véritable handicap dans un réel contexte de crise. C'est ainsi que le législateur italien met fin au régime unique de bail commercial, et crée des régimes différents, ainsi que des seuils permettant d'attribuer tel ou tel régime à telle ou telle entreprise : le principe est que les « gros contrats » de baux peuvent désormais bénéficier de ce nouveau régime libéral de bail, plus souple, 250 000 euros étant le seuil pour se voir qualifier de « grosse location ».

Ce désir réformateur pourrait inspirer le législateur français tant notre statut, ne prenant pas en compte le nouveau profil des preneurs et des bailleurs, tend très souvent à sanctionner le non-professionnel de la relation ... De plus, « *le statut souffre d'importantes lacunes techniques, nuisant parfois grandement à la prévisibilité et à la sécurité juridique* », ce qui constitue « *de facto un frein à l'engagement contractuel, et une cause récurrente de contentieux* »¹¹⁷⁶. En effet, le nombre de contentieux pour les baux commerciaux est toujours colossal et ce, « *indépendamment des réformes législatives ou réglementaires* »¹¹⁷⁷.

394. Pour beaucoup d'auteurs, l'idéal aurait été de « *respecter les grands équilibres du statut français mais de corriger enfin ses dysfonctionnements pour garder à cette exception française ses seuls aspects positifs* »¹¹⁷⁸. La loi Pinel n'a, semble-t-il, pas su rénover suffisamment le statut, ne prenant pas assez en compte les enjeux du libéralisme économique, et la grande nécessité de souplesse dans le contexte commercial actuel.

La réforme du droit des obligations de 2016, ne visant pourtant pas directement les baux commerciaux, pourrait dès lors avoir un grand intérêt pratique tant il semble insérer « *une nouvelle philosophie* »¹¹⁷⁹ dans le droit des contrats. Toutefois, comme le soulignent certains auteurs, les incertitudes et les questionnements sur les nouveaux mécanismes sanctionnant les clauses abusives sont pourtant pléthoriques au lendemain de son entrée en application, et même désormais de sa ratification. Monsieur Mekki a même pu en faire une liste : « *Qui est chargé*

¹¹⁷⁶ Miron E., *ibidem*

¹¹⁷⁷ Blatter J.-P., « Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle, Mars 2015-Mars 2016 », AJDI 2016 p.882

¹¹⁷⁸ Vaissié M.-O., « Faut-il reformer les baux commerciaux ? », RDL n°839, juillet 2003

¹¹⁷⁹ Mekki M., « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », GP n°36, 24 octobre 2017, p.11

de prouver que les clauses étaient négociables ? » ; « Combien de clauses non négociables emportent la qualification de contrat d'adhésion ? » ; « Ne devrait-on pas exiger de celui qui prétend que la ou les clauses étaient négociables de le prouver ? » ; « Est-ce que l'intervention d'un professionnel du droit (avocats, notaires) ne permettrait pas de présumer le caractère négociable du contrat ? »¹¹⁸⁰.

Les interrogations sont d'autant plus nombreuses que l'on a assisté, d'un point législatif, avec la phase de ratification de l'ordonnance, à quelque chose d'assez marquant et découlant directement du mode d'élaboration de la réforme de 2016, à savoir l'ordonnance, et au fait que celle-ci ne passe par le Parlement qu'au moment de la ratification (ici deux ans plus tard) : en 2018, en cours de réforme (puisque ce fut au stade de la ratification), le législateur change de philosophie. A l'origine, en 2016, à la demande de nombreux praticiens, on arrêta de protéger la « partie faible », et on s'intéressait aux « *impératifs économiques* ». Or, même s'il est encore tôt pour prendre une position tranchée, avec les ajustements opérés sur la rédaction des deux articles encadrant le déséquilibre significatif, un peu en arrière semble avoir été fait et, peut-être, en est-on revenu à la protection de cette partie faible. Pourtant, « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat* »¹¹⁸¹.

395. Le concept d'adhésion pourrait pourtant apporter aux baux commerciaux ce que les lois spécifiques à ces contrats locatifs n'ont pas su apporter ces dernières années. L'adhésion pourrait, à nouveau, rendre possible la prise en compte des réalités économiques et le nouveau profil des parties. Désormais, comme le souligne Monsieur Monéger, le preneur, qui a eu le choix de contracter, est la plupart du temps un professionnel du commerce : dès lors, « *le juge, serait-il enclin à protéger l'équilibre contractuel, ne peut complètement ignorer le choix effectué par une personne pleinement capable. Même si l'équilibre contractuel fait défaut, il procède de l'exercice, a priori réfléchi, de la liberté d'adhérer ou non aux stipulations en cause* »¹¹⁸².

Le renouveau du droit des contrats, tel que l'on peut, déjà, l'imaginer à la lecture des nouveaux articles du code civil, issus de la réforme de 2016 et de la ratification de 2018, et le besoin de

¹¹⁸⁰ Mekki M., *ibidem*

¹¹⁸¹ C. civ. Art. 1102, Modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

¹¹⁸² Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016, p.427

« déréglementation »¹¹⁸³ de nos contrats d'affaires, trouvera, avec les baux commerciaux, un véritable espace d'expérimentation.

396. Pour en revenir justement à la législation spécifique aux baux commerciaux, Françoise Auque en 2003 posait la question suivante : « *toiletter sans bouleverser radicalement les protections statutaires est-il nécessaire et possible ? (...) l'hésitation est permise concernant la modification des aspects fondamentaux du statut* », à savoir la « *réglementation des loyers, durée du bail, calcul de l'indemnité d'éviction* »¹¹⁸⁴. A notre sens, il semble qu'il aille répondre négativement à cette question.

Le bouleversement nécessaire ce pourrait être, en prenant exemple sur ce qu'a su faire l'Italie, mettre un terme à l'unicité du statut, et créer de véritables sous-statuts : c'est-à-dire des sous-statuts différents que ceux que nous évoquions dans cette première partie de thèse¹¹⁸⁵. En effet, jusqu'à présent, la loi « *n'a pas pris en compte la diversité des actifs sous-jacents, ignore également superbement les innovations technologiques, alors même que les baux commerciaux ont, par hypothèse, un large champ d'application et concernent tous les acteurs économiques – artisans, commerçants, prestataires de services* »¹¹⁸⁶.

Monsieur Jacquin, par exemple, demande à ce qu'on prenne en compte les changements économiques et les nouvelles formes d'activité (on pense évidemment au phénomène « d'UBERISATION » et aux très nombreuses petites START-UPS) nécessitant de la souplesse. Il remet ainsi en cause « *la pertinence d'un statut unique ?* »¹¹⁸⁷. La thèse de la fin du statut unique n'est pas récente en doctrine, elle fut, à de nombreuses reprises, exposée et argumentée.

On retient notamment l'ingénieuse idée selon laquelle le statut des baux commerciaux pourrait éventuellement se contenter d'être un socle de règles commun, un ensemble de règles d'ordre public de direction auquel tout type de bail commercial devrait se soumettre. A côté de ce socle commun, seraient créés différents régimes de baux, à l'image de ce qui se fait en matière de régime matrimonial. On prendrait en compte le type d'activité, le chiffre d'affaires du commerçant, sa forme sociale, son implantation géographique, le montant initial du loyer fixé

¹¹⁸³ Expression que nous empruntons à Decoopman N., « Entreprises libérales, entreprises commerciales », JCP G n° 17, 28 Avril 1993

¹¹⁸⁴ Auque F., « Quelques remarques critiques sur les propositions de réforme du statut des baux commerciaux présentées par l'UNPI », RDL n° 839, 1er juillet 2003

¹¹⁸⁵ Supra n° 59 et s.

¹¹⁸⁶ Jacquin A. « Nouveaux régimes dérogatoires ... en marche ! », GP n°26, juillet 2017, p.50

¹¹⁸⁷ Ibidem

par les parties. En conséquence, dans cet idéal, tous les baux commerciaux seraient par nature équilibrés puisque jouissant de règles prenant en compte leur propre réalité.

397. La dernière grande refonte du statut, que constitue la loi Pinel, n'a peut-être pas cherché à prendre cette réalité en considération. On doit donc, pour envisager un tel changement, se tourner vers l'avenir. D'autant que cet avenir a déjà un nom, il s'agit de la réforme du droit des contrats spéciaux : « *Architecture déroutante, textes parfois désuets, dispositions à l'origine d'une abondante jurisprudence : le contrat de louage mérite indiscutablement le dépoussiérage. L'avant-projet de réforme fait mieux, fait plus ; il débarrasse le code civil de cinquante articles par un véritable coup de balai qui risque de rompre l'équilibre réalisé par le droit positif* »¹¹⁸⁸.

Cet avant-projet de réforme est celui de l'Association Henri Capitant¹¹⁸⁹. Il semble vouloir créer une toute nouvelle articulation entre règles de droit commun, et règles de contrats spéciaux, notamment par la création d'une nouvelle partie réglementaire intitulée « *Des droits et obligations spéciaux* ». L'Association Henri Capitant a expliqué ce grand projet par le fait que « *la prolifération de certains contrats dits très spéciaux, comme les baux commerciaux, baux d'habitation, contrats de vente immobilière, etc* »¹¹⁹⁰, amenait en réalité les praticiens à « piocher » dans trois corps de règles différents, pour ces contrats : ces trois ensembles sont le droit commun, les règles propres à tel ou tel contrat et, à côté de ces deux corpus, le regroupement de toutes les règles jurisprudentielles s'appliquant aux contrats spéciaux.

398. Pour conclure, il nous apparaît pourtant, pour ce qui est du bail commercial, primordial de chercher à concilier droit commun et droit spécial. Comme nous l'avons précédemment rappelé, le bail commercial est avant tout un contrat louage¹¹⁹¹. Si le droit commun mute, alors il faut considérer que le bail commercial est également en mutation. « *Au lendemain du vote sur le Brexit, il faut veiller à ne pas faire du bail commercial un îlot isolé, en préservant ses attaches avec le droit commun du contrat* »¹¹⁹².

Une autre conciliation doit être faite, celle de l'équilibre fondamental, tel qu'il a été présenté dans cette première partie, et de l'équilibre conventionnel. Cette première partie, nous avons

¹¹⁸⁸ Auque F., « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », D. 2018, p.423

¹¹⁸⁹ Bézert A., « L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant : le débat est (re)lancé ! », RLDC n° 156, février 2018

¹¹⁹⁰ Ibidem

¹¹⁹¹ Supra n° 370 et s.

¹¹⁹² Chantepie G., « la notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n°10, Oct. 2016

choisi volontairement de la consacrer aux fondements légaux de l'équilibre du bail commercial, c'est-à-dire aux objectifs, à la philosophie et à la manière de procéder du législateur. Encore faut-il mettre en œuvre cet équilibre pour créer ou maintenir ce que nous appelons l'équilibre conventionnel du bail commercial. Mais, bien que celui-ci soit avant tout celui des parties, des cocontractants, le législateur aura encore son mot à dire. En effet, nous verrons que celui-ci guide les parties, et leur offre des outils, voire des leviers, pour tendre à cet équilibre. A ce titre, il s'agira également de se demander si le législateur le fait de la meilleure des façons ...

PARTIE 2 – La mise en œuvre conventionnelle de l'équilibre du Bail Commercial

399. Equilibre subjectif. – L'équilibre subjectif du contrat est, à notre sens, celui « ressenti » par les parties. L'équilibre conventionnel du bail commercial est donc, fort logiquement, celui du contrat. Dans cette seconde partie, et au vu des fondements légaux étudiés précédemment, il s'agit d'étudier la matérialisation concrète de l'équilibre du bail commercial, c'est-à-dire sa « mise en œuvre conventionnelle ».

Cependant, dans cette approche, la mise en œuvre de l'équilibre dans le contrat n'est pas uniquement l'affaire des parties. Celles-ci continuent d'être « guidées » par le législateur qui leur donne des impératifs, ou leur offre des leviers conventionnels. En outre, le législateur confie au juge la fonction de garant de l'équilibre.

Nous comprenons, dès lors, que « mise en œuvre conventionnelle » ne doit pas être confondue avec « aménagement conventionnel ». En première partie de thèse, il était question d'étudier l'équilibre du bail commercial sous l'unique prisme de la loi. Il s'agit, en seconde partie, de procéder à l'étude de cet équilibre sous le nouveau prisme du contrat. Les acteurs de cet équilibre restent, néanmoins, les mêmes.

400. Rigueur et souplesse. – Il sera question dans cette partie de se questionner sur la pertinence d'un bail commercial soumis, strictement, à une réglementation dite « rigide » ou, au contraire, sur la nécessité d'assouplir ce contrat. Au départ, pensée dans le but d'assurer la stabilité du commerce, dans un contexte économique et commercial tendu, la réglementation propre aux baux commerciaux peut, en effet, irriter les acteurs économiques qui doivent accepter de s'y soumettre strictement. Les auteurs, depuis de nombreuses années, mettent en exergue une loi qui « *à trop vouloir protéger parfois asphyxie* » et qui n'apporterait pas la souplesse nécessitée *par les changements spectaculaires du commerce contemporain* »¹¹⁹³.

Dans ce contexte, l'aménagement conventionnel du bail commercial pourrait permettre de proposer des alternatives, dans les cas de figure que la mise en application des règles fondamentales actuelles permet difficilement de solutionner. Pourtant, selon certaines critiques, le législateur, n'intervenant que de manière ponctuelle, n'aurait pas su apporter aux parties les leviers adéquats en procédant à la révolution que nécessiterait le statut des baux commerciaux.

¹¹⁹³ Vaissié M.-O. « Faut-il réformer les baux commerciaux ? », RDL n°839, juillet 2003

Cependant, techniciens du droit, comme auteurs de doctrine, ne semblent pas réellement se mettre d'accord sur ce que nécessiterait une telle révolution. En témoigne l'intervention de Messieurs Hiltinger-Roux et Barbier, lors d'un même colloque organisé à Paris en 2016 : lorsque le premier auteur appelle à « *donner plus de fluidité au bail commercial* », le second auteur demande « *davantage de réglementation* »¹¹⁹⁴.

401. Afin d'analyser l'équilibre du bail commercial, par le prisme de la convention, nous faisons le choix de mettre en lumière, dans un premier temps, le nécessaire encadrement initial de l'équilibre, c'est-à-dire **l'équilibre originaire du bail commercial (Titre 1)**. Ce développement nous conduira, dans un second temps, à envisager l'apport de souplesse pendant l'exécution, afin de permettre **le maintien de l'équilibre du bail commercial (Titre 2)**.

Nous comprendrons ainsi, quelles solutions le législateur offre aux parties pour assurer l'équilibre de leur bail commercial et quelles difficultés celles-ci peuvent parfois rencontrer tout au long de leur relation contractuelle.

¹¹⁹⁴ Hiltinger, Barbier, in « Du bail commercial : plus de règles, ou plus de liberté ? », Alliance du commerce, PROCOS, Paris 2016

Titre 1 – L’encadrement initial de l’équilibre : l’équilibre originaire du bail commercial

402. « *Le régime du bail commercial est parfois vécu comme un carcan par les parties* »¹¹⁹⁵. Pourtant, de tous temps, les auteurs ont pu mettre en avant « *l’importance du cadre juridique pour le développement économique* »¹¹⁹⁶. En effet, si l’ère du temps est à la modernisation, à la libéralisation, ou à la mise à disposition des moyens, pour faire face aux enjeux économiques des entreprises et des nouveaux marchés, notamment, de tels bouleversements économiques nécessitent néanmoins un encadrement juridique solide et conjecturable.

403. Comment rechercher l’équilibre par l’encadrement ? – C’est là toute la question de « *l’efficacité du contrat* »¹¹⁹⁷. Cette approche du contrat est complexe à définir. Elle se rapporte à toute relation économique et contractuelle, et renvoie en fait à l’importance d’une certaine assise réglementaire, solide ou rigide, pour pouvoir offrir, au moment opportun, plus de souplesse aux parties, afin de maintenir l’efficacité de leur contrat pour que celui-ci, même dans les pires circonstances, continue de produire effet.

404. Sécurité et stabilité, gages d’efficacité et d’équilibre. – Il s’agirait donc de privilégier, dans un premier temps, la sécurité juridique du contrat d’un côté, et la stabilité contractuelle d’un autre, plutôt que la seule souplesse du contrat. Par conséquent, la « rigidité » du statut des baux commerciaux ne doit pas être perçue comme un « carcan », mais bien comme le moyen nécessaire à créer, recréer ou garder le lien social¹¹⁹⁸, ou encore comme l’outil de performance permettant de minimiser les coûts et autres risques financiers, ou enfin comme la bonne méthode pour laisser bailleur et preneur jouir « normalement » de leur liberté contractuelle : nous pourrions finalement appeler cela « la recherche de l’équilibre pratique ».

C’est sans doute pour cette raison que les dernières réformes, impactant directement ou indirectement la rédaction des baux commerciaux, semblent aller vers toujours plus d’encadrement. Une dissociation importante doit être faite à la vue de l’évolution du droit des contrats et des dernières réformes : en effet, l’équilibre serait à rechercher, d’une part, dans le contenu du contrat (**Chapitre 1**) et, d’autre part, en vertu de la cohérence du

¹¹⁹⁵ Leblond N., « Fixation conventionnelle du loyer en cours de bail et risque de déplaçonnement lors du renouvellement », Ess. DC n°04, 12/04/2018, p.2

¹¹⁹⁶ Deffains B., « Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un droit efficace ? » GP n°242, août 2015

¹¹⁹⁷ Mekki M., « Les doctrines sur l’efficacité du contrat en période de crise », RDC n°1, janvier 2010, p. 383

¹¹⁹⁸ Sur le lien social : Jeuland E., « La fable du ricochet. Approche juridique des liens de parole », Mare & Martin, Droit & science politique », 2009, p. 52 et s

contrat (**Chapitre 2**). Le contenu et la cohérence du contrat renvoient, en effet, à deux idées différentes, donc peut-être à deux équilibres différents.

Le Larousse définit la cohérence comme « *la logique interne d'un acte* ». En revanche, le contenu renvoie à ce « qui est exprimé dans un texte », au sens des mots¹¹⁹⁹. Cela correspond tout à fait à ce que nous allons étudier dans les deux prochains chapitres.

Nous constaterons, tout d'abord, que le législateur s'immisce dans le contenu du contrat en « guidant » les parties dans la rédaction de celui-ci. En cela, le texte lui-même doit permettre l'équilibre du bail commercial de manière, probablement, plus économique. Ensuite, l'étude de la cohérence du bail commercial mettra en lumière deux aspects révélateurs de l'équilibre du bail commercial, de manière sans doute plus morale : il s'agit, d'une part, de la structure du contrat et, d'autre part, de la substance du contrat.

¹¹⁹⁹ <https://www.larousse.fr/>

Chapitre 1 - L'encadrement de l'équilibre dans le contenu du bail commercial

405. Contenu et poids des obligations. – Dans certains cas, il est possible de constater, au premier regard, la mauvaise rédaction d'un bail commercial, sa non-conformité à la réglementation des baux commerciaux, la potentialité de son déséquilibre, voire le caractère non sérieux de sa confection. Cela est déjà évident à la simple apparence de son contenu. Il s'agit en fait, ici, de faire état d'une situation très commune dans la pratique.

Notons, en effet, que si le contrat standardisé apparaît à proscrire désormais, celui-ci a le mérite, au moins, en proposant des contrats structurés reprenant des articles et dispositions existants, en n'oubliant pas d'y faire figurer les informations et autres annexes obligatoires, de permettre la confection d'un contrat d'une petite dizaine de pages, c'est-à-dire d'un bail commercial « classique ».

En revanche, tout praticien a normalement déjà été confronté, au moins une fois, à un contrat de bail commercial dont le contenu correspond à une page « recto-verso ». L'avocat médusé, assistant à la remise par son client de cette unique page, peut immédiatement conclure au non-équilibre du bail commercial dans son contenu.

Un tel cas de figure permet bien de voir l'association possible du concept de « contenu », au concept de « poids ». Tout simplement parce que, dans pareil cas, « légèreté du contrat » ne rime généralement pas avec « légèreté des obligations imposées au locataire ». En effet, dans ce cas de figure, l'unique clause du bail commercial, relative aux charges prévues par les parties, sera généralement la suivante : « le locataire fera son affaire personnelle de la totalité des charges locatives ». Le bail est déséquilibré de par son contenu.

406. Le contenu comme notion nouvelle. – Le contenu du contrat « *est l'ensemble des obligations contractuelles, qui ont été librement consenties et explicitées par les parties, qu'ils s'agissent d'obligations principales ou accessoires. Il inclut les obligations qui résultent de dispositions impératives ou supplétives de volonté, dont l'intégration au contrat leur confère une nature contractuelle* »¹²⁰⁰.

¹²⁰⁰ Lexique juridique, lexinter.net

Cette notion de « contenu du contrat » prend, ces dernières années, de plus en plus d'importance en droit des contrats. Elle fait d'ailleurs son apparition dans le code civil en 2016 et est à ce titre, selon Monsieur Seube, une notion nouvelle¹²⁰¹. En vertu de la liberté contractuelle, les parties sont libres de déterminer, d'élaborer, ce contenu. Mais celui-ci ne doit pas l'être de n'importe quelle façon : il doit répondre à l'objectif d'équilibre contractuel, ou d'équilibre conventionnel. Cela suppose, par exemple, que les deux contractants aient eu la possibilité de faire valoir leurs intérêts, de porter à connaissance l'un de l'autre leur volonté respective, et de négocier ce contenu.

Pour ce qui est des contrats à titre onéreux, l'équilibre contractuel n'est donc pas uniquement à apprécier eu égard aux sommes ou prestations prévues dans ce contenu. Des conceptions d'ordre subjectif interviennent dans cette appréciation. S'agissant des baux commerciaux, pour Monsieur Antoniutti, « lorsque l'on évoque l'équilibre contractuel, l'on renvoie à l'autonomie de la volonté des parties, ce qu'elles ont négocié, le résultat de leurs échanges, l'accord tel qu'il existait initialement » et « c'est justement le risque d'une remise en cause de cet équilibre contractuel, par l'imposition d'un autre équilibre plus objectif, recherché par le législateur, qui a été craint et déploré jusqu'ici par nombre de praticiens »¹²⁰².

407. Si la loi n'impose rien quant à la forme du bail commercial, cela n'est plus le cas en ce qui concerne le contenu de ce contrat. En effet, le législateur s'est, pour la première fois, immiscé directement dans le contenu du contrat de bail commercial en 2014 (**SECTION 1**). Cette immixtion semble en voie de démocratisation tant le législateur cherche à lutter contre le déséquilibre du contrat (**SECTION 2**).

SECTION 1 - LA PREMIERE IMMIXTION DU LEGISLATEUR DANS LE CONTENU MEME DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL

408. Lors de l'élaboration de la loi Pinel, le rapport d'un député, celui de Monsieur Verdier, présenté à l'Assemblée nationale le 29 janvier 2014, soulignait la « *financiarisation des sociétés foncières qui se traduit par le transfert au preneur de l'ensemble des charges, taxes et impôts* »¹²⁰³, c'est-à-dire le « *loyer triple net* »¹²⁰⁴. Les travaux préparatoires montraient que les loyers et charges, pesant sur les locataires, correspondaient parfois à 15% de leur chiffre

¹²⁰¹ Seube J.-B., « Les conditions de validité du contrat : le contenu et la forme du contrat », UNJF, 2014

¹²⁰² Antoniutti A., « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 9

¹²⁰³ Verdier F., Rapport N° 1739 sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (n°1338)

¹²⁰⁴ Le bail « triple net » est aussi appelé bail « investisseurs », c'est à dire net de charges.

d'affaire. Le constat était sans appel : cette charge menaçait gravement « *l'équilibre économique de nombreux commerçants* ».

Aussi, le législateur devait, enfin, clairement se pencher sur les rapports entre bailleurs et locataires, devenus déséquilibrés, le plus souvent au profit du premier. A vrai dire, le rapport Pelletier de 2004 soulignait déjà « *le défaut de transparence et de prévisibilité pour le locataire* » du montant de toutes les charges qui allaient peser sur lui.

409. Le preneur doit principalement satisfaire deux obligations. En effet, celui-ci doit user des locaux loués en bon père de famille¹²⁰⁵, suivant la destination qui leur a été donnée, et payer le loyer. Mais bien d'autres obligations pèsent sur lui. Certaines, énoncées par le code civil en matière de contrat de louage, lui imposent notamment des obligations d'entretien et de réparation de la chose louée. Ces dispositions du code civil ne sont pas d'ordre public. Ainsi, jusqu'à la loi Pinel, la convention des parties pouvait très souplement, en vertu du principe de liberté contractuelle, augmenter considérablement les obligations mises à la charge du locataire.

Nous avons, en effet, déjà pu souligner la grande place de la liberté contractuelle dans le statut des baux commerciaux¹²⁰⁶. Mais cette liberté, non encadrée, donnait parfois lieu à des situations abusives, en matière de charges notamment. Le locataire, souvent désinformé, devait toujours faire très attention, au moment de la conclusion du bail commercial, à ce pour quoi il s'engageait exactement. Répartition des charges, évolution du loyer, distribution des travaux, étaient autant de clauses sur lesquelles le locataire pouvait être perdu. Celui-ci ne différencie, en effet, pas toujours quels éléments sont négociables, et quelles clauses lui sont imposées.

410. Bien que certains de ses effets ont pu être critiqués (*Paragraphe 2*), la loi Pinel avait pour objectif de simplifier ces différentes répartitions et, de manière plus générale, de mieux encadrer la relation entre les deux parties en cherchant à mettre fin au déséquilibre contractuel du bail commercial (*Paragraphe 1*).

¹²⁰⁵ Ou plutôt « raisonnablement » depuis que la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, publiée le 4 août 2014, a supprimé l'expression juridique « en bon père de famille » à l'article 1728 du code civil.

¹²⁰⁶ Supra n° 26 et s.

Paragraphe 1- Une loi dite « en faveur du locataire » : l'annonce de la fin du déséquilibre contractuel en matière de bail commercial

411. L'encadrement du loyer a déjà été étudié en première partie de thèse¹²⁰⁷. Mais le loyer n'est pas la seule somme que le locataire doit payer. En fonction de ce qui est prévu dans le contrat de bail, il devra au bailleur le paiement supplémentaire d'un certain nombre de charges et de travaux. Le législateur, avec la loi Pinel, a cherché à encadrer la répartition de ceux-ci, entre le bailleur et le locataire.

Cette nouvelle problématique concerne le poids des charges locatives devant être supportées par les locataires commerçants. Nous sommes ici dans le cas de toutes les dépenses, autre que le loyer, afférentes au local loué. Celles-ci, à force d'augmenter, sont devenues au fil des années équivalentes à un second loyer. Il était fait état, au cours des discussions sur le projet de loi, de sommes allant jusqu'à 30% du loyer, ce qui représente une lourde charge pour le preneur¹²⁰⁸.

Les règles en matière de contrat de louage, offrant une nouvelle fois une grande place à la liberté contractuelle, et la jurisprudence qui n'apportait que peu de réponses en matière de répartition de ces dépenses, ont conduit le législateur à réformer le régime. Avec la loi Pinel, il est désormais interdit d'imputer certaines dépenses au locataire, ce qui constitue une véritable « révolution »¹²⁰⁹, pour certains auteurs, tant il s'agit d'une réforme que ces derniers réclamaient depuis plus d'une dizaine d'années¹²¹⁰.

412. La nouvelle réglementation, applicable depuis plusieurs années désormais, a conduit à une remise à niveau de la pratique, la loi imposant désormais plus de décence dans la répartition des charges et interdisant le transfert de certaines d'entre elles du bailleur au preneur. Dès lors, dans bon nombre de relations, nous pensons tout particulièrement aux baux renouvelés depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel, l'importante diminution des sommes récupérables par le propriétaire a pu dérouter ce dernier.

¹²⁰⁷ Supra n° 241 et s.

¹²⁰⁸ AN, projet de loi relatif à l'artisanat, aux commerces et aux très petites entreprises, étude d'impact, 20 août 2013 : <http://www.assemblee-nationale.fr>

¹²⁰⁹ Jacquin A., « Une véritable révolution dans les relations contractuelles bailleur-preneur », GP n° 329, nov. 2014, p. 6

¹²¹⁰ Chavignac F., « La répartition des travaux dans le bail commercial : appel à une réforme législative », D. 2004, p.2637

Il est d'ailleurs intéressant de constater que, si la loi Pinel prévoit un étalement, ou lissage, des augmentations de loyers¹²¹¹, rien n'est prévu pour étaler ou lisser dans le temps ces diminutions de charges. Non pas que cela nous paraisse particulièrement « anormal » mais, simplement, il n'est pas inintéressant de relever que, lorsque que la liberté contractuelle semble réduite, cela se fait une nouvelle fois dans un sens favorable au locataire.

413. Selon la Direction de l'information légale et administrative, les « charges locatives », appelées également « charges récupérables », sont des dépenses prises en charge initialement par le propriétaire, mais que celui-ci peut se faire rembourser par le locataire. Une distinction peut cependant être faite¹²¹² entre charges et réparations locatives (ou travaux). C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de traiter séparément charges (**A**) et dépenses d'entretien et de réparation (**B**), afin de soulever les différentes questions découlant des modifications apportées par la réforme, pour chacune des deux catégories.

A) La fin du déséquilibre par d'avantage d'encadrement en matière de charges et impôts

414. Liberté contractuelle. – Jusqu'à la loi du 18 juin 2014, dans le cadre du bail commercial, la répartition des dépenses de charges et impôts entre locataire et bailleur, concernant l'immeuble, n'était pas expressément encadrée par les textes. Le principe était par conséquent celui de la liberté contractuelle, principe régulièrement réaffirmé par la jurisprudence¹²¹³.

415. Amélioration des relations. – Désormais, la loi Pinel a bouleversé le régime des baux commerciaux en matière de répartition des charges avec comme objectif premier « *l'amélioration des relations entre bailleur et locataire d'un bail commercial* ». L'intention du législateur était donc de définitivement mettre un terme aux pratiques abusives du bailleur, notamment à la pratique du « bail triple net ».

416. Comme le démontrait Monsieur Monéger, s'agissant de « *la recherche de l'équilibre en matière de transfert de charges* »¹²¹⁴, le législateur s'est heurté à une principale difficulté : comment sanctionner un abus sans que soit chimérique le déplacement de la charge de certaines

¹²¹¹ Infra n°785

¹²¹² V. Instruction fiscale, n°51 du 21 mars 2006, 3 B-2-06

¹²¹³ Derruppé J., note sous CA Paris, 16 ch. B, 14 janv. 2000, RDI 2000 p.257 ; Cass. civ. 3^e, 3 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.108FS-P+B,

¹²¹⁴ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014, p.535

dépenses spécifiquement définie par l'Etat ? Il n'a, selon l'auteur, pas su répondre à cette question, dans la mesure où, initialement, et paradoxalement, « *rendre impossible quelque transfert que ce soit semblait être le projet du ministère* »¹²¹⁵. La loi Pinel semble donc aller moins loin que prévu, puisque celle-ci dresse simplement la liste des dépenses ne pouvant plus être imputées au locataire (1). Le faisant, elle crée une nouvelle disparité au sein du régime (2).

1- Les dépenses ne pouvant plus être imputées au locataire

417. Liberté contractuelle et abus. – Traditionnellement, les charges dont le remboursement est généralement demandé au preneur correspondent aux « *charges d'exploitation, d'entretien et, d'une manière générale, de fonctionnement de l'immeuble loué ou dont dépendent les lieux loués* »¹²¹⁶. Avant la loi Pinel, aucune répartition légale n'existait. Celle-ci relevait en fait de la convention des parties en vertu de la liberté contractuelle¹²¹⁷. Toutefois, toute dépense mise à la charge du locataire devait être stipulée clairement dans le bail. Il s'agissait là de la seule restriction au principe de la liberté contractuelle. Toute dépense non stipulée devait donc être réputée à la charge du bailleur¹²¹⁸.

En l'absence de toute règle impérative, cette liberté contractuelle, uniquement théorique, causait un déséquilibre en défaveur du preneur, souvent incapable de cerner l'enjeu pratique des clauses de répartition insérées au contrat de bail, et placé en position de faiblesse dans la discussion précontractuelle. D'autant que, puisqu'aucune règle n'interdisait aux parties de déterminer librement les charges pesant sur le locataire, s'est développée petit à petit la pratique du bail « triple net », c'est-à-dire net de charges, d'impôts et de travaux rendus nécessaires par l'état de l'immeuble.

Ainsi, le locataire se retrouvait à supporter la quasi-totalité des charges. On en oubliait presque la conception de loyer, pour raisonner en termes de « *coût global pour l'entreprise* »¹²¹⁹. Dans ce contexte de liberté assez large, le preneur était, par exemple, amené à payer les charges devant normalement incomber au bailleur, par exemple les assurances de l'immeuble¹²²⁰. En cas de contestation, le contrat faisant la loi des parties, le juge ne pouvait que le respecter et faire appliquer les clauses de celui-ci.

¹²¹⁵ Monéger, *ibidem*

¹²¹⁶ Collectif Le particulier, « Le bail commercial et professionnel » 2^e édition, Particulier et finances éditions, 2012, p. 54

¹²¹⁷ Kenfack H., « Liberté contractuelle et clauses de transfert des charges », AJDI 2014, p. 101

¹²¹⁸ Rouquet Y., note sous Civ. 3e, 13 juin 2012, n° 11-17.114, D. 2012. 1672

¹²¹⁹ Monéger J., « Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques : Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques », Litec, Le Droit des Affaires, 2011

¹²²⁰ Planckeel F., « Refacturation des charges : le contrat, rien que le contrat », AJDI 2013, p. 155

418. Jurisprudence et rééquilibre. – En matière de taxes et impôts, se sont multipliées, dans la rédaction des baux commerciaux, des clauses selon lesquelles le preneur acquitterait « *les contributions, taxes, et impôt dont les propriétaires sont responsables à un titre quelconque* ». En fait, cette rédaction, assez floue, n'avait que pour seul but de faire peser la taxe foncière sur le preneur. Celui-ci, mal informé, se retrouvait donc à payer chaque année cet impôt qui, lorsque le législateur l'a institué, était pourtant destiné aux propriétaires.

Pour aider les locataires, plusieurs organisations professionnelles du commerce ont élaboré des documents pouvant servir de base dans la négociation entre bailleur et locataire, notamment la nomenclature élaborée par le Conseil national des centres commerciaux (CNCC) en annexe de la Charte « *Relations Bailleurs-Locataires* », ou « *le guide d'aide à la négociation des charges locatives* » de l'association Alliance Commerce.

Mais les bailleurs étant peu enclins à se soumettre à ces codes de bonnes pratiques, les contentieux en matière de répartition des charges se sont multipliés, et la jurisprudence a dû intervenir afin de rétablir un semblant d'équilibre dans la relation bailleur-locataire¹²²¹. La Cour de cassation, par exemple, est venue progressivement mettre un frein aux interprétations extensives des clauses, et a imposé que celles-ci soient suffisamment précises¹²²².

Ainsi, se fondant sur la volonté des parties, elle interprétait strictement¹²²³ le contrat au regard de l'article 1162 du code civil, selon lequel « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». De plus, en l'absence de clause, aucune charge ne pouvait être transférée au preneur.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a également eu l'occasion de sanctionner le transfert au locataire de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères en l'absence de stipulation expresse¹²²⁴. Notons, à titre de comparaison, que ce transfert était pourtant de droit, dans un bail d'habitation. Pour respecter cette jurisprudence et s'assurer du paiement de la taxe foncière par le preneur, les bailleurs, dans les baux les plus récents, modifient leur pratique contractuelle, et insèrent quasi-systématiquement une clause explicite y faisant référence.

¹²²¹ CA Paris, 5-3e ch., 3 mars 2010, SCI Perrin Bernard & Cie c/ Sté Somarco

¹²²² Brault P.-H., obs. sur Cass. civ. 3^e, 13 juin 2012, pourvoi n°11-17.114, Loyers et copr. 2012, comm. 236 ; Brault P.-H., obs. sur Cass. civ. 3^e, 26 mars 2013, n°11-24.311, Loyers et copr. Juillet 2013 - n° 7-8

¹²²³ Monéger J., obs. sous Cass. civ. 3e, 5 novembre 2014, n° 13-24.451, RTD Com. 2014 p. 779

¹²²⁴ Brault P.-H. note sous Cass. 3e civ., 13 juin 2012, ibidem

419. Annonce de la fin du déséquilibre. – L'étude d'impact du 20 août 2013 du projet de loi Pinel, dans une partie intitulée « *justification de l'intervention* », faisait état d'un « *poids de plus en plus lourd des charges locatives imposées au locataire* »¹²²⁵. L'objectif était donc d'encadrer, de manière plus rigide, les obligations entre les parties. La Loi Pinel est venue mettre un frein à la liberté contractuelle, et « *semble changer la donne* »¹²²⁶.

« *Nous sommes en présence d'une modification majeure et historique, puisque le législateur s'immisce dans les relations contractuelles en bouleversant l'économie du contrat* »¹²²⁷. Cette phrase de Monsieur Denizot est l'une des premières réactions suite à l'adoption du nouvel article L. 145-40-2. Cet article dispose, désormais, en son premier alinéa, que « *tout contrat de location comporte un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire* ».

De plus, en vertu du dernier alinéa du même article, « *un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article* ». Le décret d'application en question a été publié le 5 novembre 2014. Il s'agit du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014¹²²⁸, relatif à la mise en œuvre des dispositions de la loi Pinel. Celui-ci était très attendu, comme en témoigne le communiqué de presse de l'Alliance du Commerce et la Fédération pour l'urbanisme et le développement du commerce spécialisé, suite à la parution du décret : « *Très attendu, ce texte doit enfin mettre un terme au déséquilibre des relations entre commerçants-locataires et bailleurs. Ajoutée au contexte économique général, la pression sur les charges et loyers, particulièrement accrue ces dix dernières années, était devenue insupportable pour les commerçants* ».

420. Liste de charges ne pouvant plus être imposées au preneur. – Le décret ne tranche pas, comme en matière de bail d'habitation, en prévoyant une répartition impérative des charges locatives. Il dresse la liste des charges et taxes qui ne pourront plus être imputées au locataire. On peut y voir une sorte de survivance de la liberté contractuelle, le législateur laissant aux parties une certaine marge de manœuvre.

¹²²⁵ AN, projet de loi relatif à l'artisanat aux commerces et aux très petites entreprises, étude d'impact 20 août 2013 : *ibidem*

¹²²⁶ Buy G., « Regards pratiques sur la nouvelle répartition des charges, travaux et impôts », ch. dr. entr. n° 3, Mai 2015

¹²²⁷ Denizot C., « Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges. Analyse de l'article L.145-40-2 du code de commerce », AJDI 2014, p.591

¹²²⁸ Décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 (JO 5 nov. 2014, p. 18638)

La règle est désormais la suivante : ne peuvent plus être mis à la charge du preneur « *les impôts, notamment la contribution économique territoriale, taxes et redevances dont le redevable légal est le bailleur ou le propriétaire du local ou de l'immeuble* »¹²²⁹. Ainsi, la cotisation foncière des entreprises, la contribution économique territoriale ou la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, seront obligatoirement supportées par le bailleur qui en est le redevable légal. Le preneur s'en trouve donc déchargé.

421. Honoraires de gestion, seule nouveauté issue de la loi ? – Beaucoup de commentaires ont, de manière critique, démontré que le décret ne révolutionnait pas la pratique, et que la seule nouveauté, s'agissant de la gestion de l'immeuble, concernait les honoraires liés « *à la gestion des loyers du local ou de l'immeuble faisant l'objet du bail* ». En effet, ceux-ci ne pourront plus être imputés au locataire. Jusqu'à présent, la jurisprudence ne les considérait pas comme de véritables charges¹²³⁰. Cette nouvelle disposition incitera désormais, selon certains auteurs, « *les propriétaires institutionnels ou investisseurs à renoncer à la gestion par une société filiale dont le coût d'intervention était pris en charge par les locataires* »¹²³¹.

Il faudra, de plus, sans doute apporter des précisions quant à ces honoraires. Il n'est, en effet, pas évident de comprendre si les textes visent les honoraires facturés par l'organisme de gestion de l'immeuble du bailleur, par le syndic de copropriété, ou même ceux directement facturés par le bailleur. Les commentaires rendus sur le décret semblent considérer plus probable qu'il soit possible de mettre à charge du preneur les honoraires du bailleur qui ne seraient pas ceux liés à la gestion des loyers¹²³². Ce serait, par exemple, le cas de ceux concernant la gestion technique du local, ou encore de la gestion des contentieux locatifs. En revanche, les honoraires du syndic ne pourraient plus être supportés par le preneur. Il en va de même des honoraires de gérance de l'administrateur de l'immeuble.

422. Il reste indéniablement une certaine liberté : la loi et son Décret ne révolutionnent pas le statut. Il pourrait s'agir d'un compromis, le législateur cherchant peut-être à ne procéder qu'à « une première étape » contraignant les bailleurs à arrêter la pratique du bail « triple net », et à se satisfaire de ce que l'on pourrait appeler un bail « double net ».

¹²²⁹ C. com. Art., R. 145-35 3°

¹²³⁰ Brault P.-H. « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en oeuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 » Loyers et copr. n° 12, Décembre 2014

¹²³¹ Ibidem

¹²³² En ce sens, Planckee F., « Retour sur l'inventaire des charges dans les baux commerciaux », AJDI 2018, 502, qui conseille notamment aux mandataires de gestion des bailleurs d'inscrire, clairement, la distinction entre « honoraires de gestion de l'immeuble » et « honoraires de gestion des loyers » dans leur mandat de gestion, ainsi que dans la rédaction du bail commercial des parties.

En effet, ceux-ci conservent la possibilité de transférer un certain nombre de taxes à leur preneur. Toutefois, il est indéniable que les réformes vont amener la pratique à évoluer. Même si celle-ci n'est pas révolutionnée, « *la liberté contractuelle est fortement entravée* »¹²³³. Cela pourrait d'ailleurs avoir une incidence sur la valeur locative.

2- Incidence de la ré-affectation par la loi des charges exorbitantes sur la valeur locative

423. Taxe foncière. – La réflexion, menée dès à présent, naît de l'analyse de la nouvelle place dans le droit des baux commerciaux d'une charge particulière, à savoir la taxe foncière, effectuée par de nombreux auteurs, suite à l'entrée en vigueur de la loi Pinel et de son décret d'application. Avant même l'adoption définitive de la loi Pinel, certains spécialistes¹²³⁴ affirmaient que l'interdiction faite aux bailleurs de transférer certaines charges aux preneurs n'aurait qu'un seul véritable effet, à savoir l'augmentation des loyers.

424. Modification des baux commerciaux en défaveur des bailleurs. – Les nouvelles dispositions de la loi concernant la répartition des charges étant d'ordre public, puisque visées par l'article L. 145-15 du code de commerce, il apparaît impossible d'y déroger conventionnellement sous peine de voir celles-ci, désormais, réputées non écrites. Ainsi, les parties ou les praticiens, au moment de conclure ou de renouveler un bail commercial, vont devoir se pencher, en détail, sur la répartition des charges entre le bailleur et le preneur, ou les changer, la plupart du temps pour les baux renouvelés depuis le 1^{er} septembre 2014.

Dans de telles circonstances, il s'agit de se demander si cela ne pourrait pas consister en une modification des obligations respectives des parties, justifiant une demande de déplaçonnement en vertu des articles L. 145-33, L. 145-34, et R. 145-8 du code de commerce. En effet, on pourrait considérer qu'il y a bien, en vertu de ces articles, une modification notable¹²³⁵ des éléments permettant d'évaluer la valeur locative.

425. Une taxe foncière « pouvant » toujours être transférée au preneur. – Avant la promulgation du décret, beaucoup d'auteurs avaient envisagé la possibilité qu'il soit fait explicitement référence à la taxe foncière dans la liste de l'article R. 145-35 du code de commerce, en tant que charge non re-facturable par le bailleur, et qu'elle ne puisse, dès lors,

¹²³³ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.97

¹²³⁴ Barbier J.-D., « Projet de loi. ... », GP, 26 nov. 2013, p.9

¹²³⁵ Infra n° 755

plus être supportée par le preneur à l'avenir. Ce ne fut finalement pas le cas, au contraire, puisque cet article prévoit, désormais, que « *peuvent être imputés au locataire la taxe foncière et les taxes additionnelles à la taxe foncière ainsi que les impôts, taxes et redevances liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie directement ou indirectement* ».

Ainsi, par exception, la taxe foncière pourra être mise à la charge du locataire. Par extension logique, précisons que certains auteurs considèrent également « *que la taxe sur les ordures ménagères pourra désormais faire l'objet d'une dérogation conventionnelle, dès lors qu'elle est explicite, pour répondre sur ce point aux prescriptions de la Cour de cassation* »¹²³⁶. Nous pouvons certainement faire la même réflexion concernant les autres taxes additionnelles à la taxe foncière, telle la taxe de balayage.

Pour en revenir à la seule taxe foncière, la référence à celle-ci, au sein du statut des baux commerciaux, constitue une nouveauté. Toutefois, concrètement, il résulte du décret et de la nouvelle rédaction des textes que rien ne change en la matière. En effet, le principe reste celui de la liberté contractuelle et de l'obligation d'une clause prévoyant la taxe foncière à la charge du preneur. Cela ne constitue pas un réel bouleversement.

426. Une taxe propre, par principe, au bailleur – C'est la Cour de cassation, par un arrêt rendu en mars 2015 par sa troisième chambre civile¹²³⁷, qui apporta des précisions nouvelles quant aux effets que peut avoir une clause du bail mettant cette taxe à la charge du preneur. En effet, elle considère que « *la taxe foncière devait venir en déduction de la valeur locative brute* », en vertu de l'article R. 145-8 du code de commerce.

Plus récemment, les auteurs¹²³⁸ ont également relevé un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2018¹²³⁹, décrétant qu'à « *défaut de clause expresse du bail mettant à la charge du preneur l'impôt foncier, ce dernier n'est pas redevable de la taxe foncière, et le fait d'avoir accepté de le régler pendant plusieurs années n'équivaut pas à la reconnaissance par lui que cette charge lui incombe* ». L'intérêt de cet arrêt ne réside pas dans le rappel de la règle selon laquelle le transfert de la charge de la taxe foncière doit se faire explicitement, mais dans le fait que le propriétaire des lieux, soutenant en l'espèce qu'au vue de la longue durée (17 ans) pendant

¹²³⁶ Brault P.-H., *ibidem*

¹²³⁷ Brault P.-H., note sous Cass. 3e civ., 24 mars 2015, n° 13-23.553, Loyers et copr. n° 7-8, juillet 2015, comm.

168

¹²³⁸ Chavance E., « Charges et taxes », Loyers et copr. n° 4, Avril 2018, comm. 97

¹²³⁹ CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 17 janv. 2018, n° 16/08381, G. c/ SNC Pharmacie F. (appel c/ TGI Evry, 18 févr. 2016)

laquelle le locataire avait accepté de régler la taxe, il pouvait être considéré que celui-ci avait accepté de prendre en charge celle-ci.

L'arrêt rendu par la cour d'appel, suivant une jurisprudence que l'on peut qualifier de constante désormais¹²⁴⁰, ne donne alors pas raison au bailleur. Cependant, une autre décision de justice, rendue en 2016 par le Tribunal de grande instance de Paris¹²⁴¹, et frappée d'appel par la suite, par laquelle le juge des loyers commerciaux refusait un abattement sur la valeur locative, en raison de la mise à la charge du preneur de la taxe foncière, a amené une nouvelle réflexion intéressante sur ladite taxe et, par extension, sur l'ensemble des charges exorbitantes ne pouvant plus être transférées au preneur.

En effet, certains¹²⁴² auteurs ont appelé, tout d'abord, à faire très attention à ne pas commettre un paralogisme au vu de cet arrêt, en application des règles précédemment évoquées. Comme cela est de jurisprudence constante¹²⁴³, l'article R. 145-8 du code de commerce impose véritablement de rectifier la valeur locative dans de pareilles circonstances. En vertu de cet article, non modifié par les dernières réformes, lorsque des obligations, en principe à la charge du bailleur, sont conventionnellement mises à la charge du preneur, cela constitue bien un facteur de diminution de la valeur locative.

La loi Pinel n'a pas fait figurer la taxe foncière dans la liste des charges qui ne peuvent être transférées au locataire mais, comme cela a pu être souligné, cela ne veut pas dire que la loi transfère de plein droit la taxe foncière sur le locataire. Le considérer consisterait en un mauvais renversement du principe découlant de la loi Pinel. L'interprétation correcte est bien la suivante : le transfert de la taxe foncière n'est pas de droit, mais est possible et, dès lors qu'il se réalise, il entraîne une augmentation des charges payées par le locataire et nécessite un réajustement de la valeur locative.

Selon Monsieur Brault, « *il en résulte que la liberté contractuelle est plus encadrée qu'auparavant et que cette évolution de la législation doit être prise en compte à l'occasion de*

¹²⁴⁰ Cass. civ. 3e, 26 mars 2013, pourvoi n° 11-24.311, inédit

Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2012, pourvoi n° 11-25.414, Bull. 2012, III, n° 188

¹²⁴¹ TGI Paris, 5 juill. 2016, n° 14/03319

¹²⁴² Dumur J.-P., « Refacturation de la taxe foncière au preneur et article R. 145-35 du code de commerce : attention au paralogisme ! », AJDI 2017, p.237

¹²⁴³ Monéger J., obs. sur CA Paris, 30 nov. 2011, n° 10/05085, RTD com. 2012. 509

*toute fixation du loyer en renouvellement (...) à charge pour les parties concernées d'en débattre avec les experts puis la juridiction saisie de la fixation du loyer »*¹²⁴⁴.

427. Le transfert des charges « du bailleur » justifie une baisse de la valeur locative. –

Il semble pertinent de penser, par prolongement de la précédente solution, que l'ensemble des charges exorbitantes, désormais supportées par le bailleur, puissent influencer sur le montant de la valeur locative. Si tel était le cas, les nouvelles exceptions légales au principe de répartition des charges, issues de la loi Pinel, attribueraient donc au juge des loyers commerciaux une nouvelle prérogative. En effet, signalons que Monsieur Denizot a amené un élément supplémentaire permettant de considérer cela possible : à l'article R. 145-8 du code de commerce, « *il n'est nullement fait mention de charges « exorbitantes de droit commun », mais seulement de charges incombant normalement au bailleur* »¹²⁴⁵. La réflexion vaudrait donc également pour toutes les autres charges, par principe affectées au bailleur, telles que les honoraires de gestion mentionnés précédemment¹²⁴⁶.

Pour Monsieur Kendérian, dont nous suivons l'avis, « *si tel n'était pas le cas* » il resterait à se demander si la loi Pinel a véritablement « *rééquilibré les baux commerciaux* »¹²⁴⁷. Cette règle nous semble pouvoir s'appliquer s'agissant du transfert de la charge de certaines dépenses d'entretien et de travaux, puisque le législateur a également prévu une meilleure répartition de celles-ci.

B) La fin du déséquilibre par une meilleure répartition également en matière de dépenses d'entretien et de travaux

428. « *Dans un domaine qui met en jeu des intérêts importants puisqu'il s'agit de travaux pouvant représenter plusieurs années de loyer et que parfois c'est l'existence même du bail qui en dépend, le laxisme des parties se dispute aux hésitations de la jurisprudence* »¹²⁴⁸. Cette citation de Monsieur Legrand date de 1986. C'est dire, une nouvelle fois, si une réforme en matière de répartition des dépenses entre bailleur et locataire était attendue. Tout comme en matière de taxes, impôts et autres charges locatives, la loi du 18 juin 2014 constitue un

¹²⁴⁴ Brault P.-H., « Charges exorbitantes et loi Pinel : à propos de l'impôt foncier », Loyers et copr. n° 9, Septembre 2017

¹²⁴⁵ Denizot C., « La taxe foncière mise à la charge du locataire », AJDI 2017, p.271

¹²⁴⁶ Supra n° 421

¹²⁴⁷ Kenderian F. « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 10, 2016

¹²⁴⁸ Legrand J.-M., « Les clauses relatives aux réparations dans les baux commerciaux », Administrer, juillet 1986, p.17

bouleversement en matière de dépenses d'entretien et de réparation : on passe, une nouvelle fois, de l'équilibre par l'obligation de dispositions précises (1) à l'impossibilité d'imputer certaines dépenses au preneur (2).

1- La recherche ancienne d'équilibre par l'obligation de dispositions précises

429. Une obligation d'entretien. – La législation impérative des baux commerciaux, en matière de répartition des travaux, se limitait à quelques principes embryonnaires. Le principe était toujours celui de la liberté contractuelle, même s'il valait mieux que la répartition soit suffisamment précise pour limiter les éventuels contentieux. En effet, l'on s'en remettait strictement à la répartition prévue dans le bail et, en cas d'imprécision dans celui-ci, les dispositions de droit commun du code civil offraient les critères essentiels permettant d'accepter, ou non, une refacturation par le bailleur des frais et charges déboursés.

Le premier critère, légal, reposait sur l'article 1719 du code civil, selon lequel le bailleur doit entretenir la chose louée en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. L'article 1720 du code civil, quant à lui, indique que « *le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations* », et que celui-ci a également l'obligation, « *pendant la durée du bail* », d'effectuer « *toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires autres que locatives* ». L'article 1754 du code civil met ces charges locatives, ainsi que le menu entretien de l'immeuble, à la charge du locataire.

L'obligation d'entretien du bailleur va au-delà de celui des locaux loués. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de sanctionner le bailleur responsable du mauvais entretien de l'accès à ces locaux, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, dès lors que le locataire a subi un dommage¹²⁴⁹.

430. Grosses réparations et réparations d'entretien : distinction ancienne. – Bien avant la loi du 18 juin 2014, et de son décret du 3 novembre 2014, la jurisprudence s'efforçait de différencier grosses réparations de l'article 606 du code civil, et réparations d'entretien de l'article 605 du code civil, en vertu duquel « *les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu* ».

¹²⁴⁹ Jourdain P., note sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, P+B+R+I, RTD Civ. 2007 p. 123

Précisons que « *les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier* »¹²⁵⁰, et que « *toutes les autres réparations sont d'entretien* »¹²⁵¹.

431. Enjeu initial de cette distinction. – Il était fréquent que les clauses du bail commercial prévoient une répartition selon laquelle les réparations d'entretien de l'article 605 seraient à la charge du preneur, et les grosses réparations de l'article 606 seraient à la charge du bailleur. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le bailleur ne peut mettre à la charge du preneur toutes les réparations et réfections, y compris les grosses réparations¹²⁵² prévues à l'article 606, par une clause qui stipulerait que le locataire prend les locaux dans l'état dans lequel ils se trouvent au moment de leur entrée en jouissance¹²⁵³.

Le bailleur pouvait faire peser sur le locataire, en vertu d'une clause du bail commercial, les travaux rendus nécessaires par la vétusté. Toutefois, il ne pouvait s'exonérer de l'obligation de procéder aux travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble¹²⁵⁴. La jurisprudence de la Cour de cassation retenait une interprétation restrictive¹²⁵⁵ de l'article 606. Elle considérait, en outre, que l'énumération était limitative¹²⁵⁶, et refusait, notamment, de mettre à la charge du preneur la réfection totale de la toiture, même en cas de clause transférant les grosses réparations et celle du « clos et du couvert »¹²⁵⁷ au locataire¹²⁵⁸.

432. Interprétation extensive de la jurisprudence. – Par la suite, la jurisprudence de la Cour de cassation a quelque peu évolué. En effet, la Cour avait mis de côté le caractère limitatif de l'article 606 du code civil et considérait que les réparations d'entretien étaient celles utiles au maintien permanent en bon état de l'immeuble, alors que les grosses réparations étaient celles touchant à l'immeuble dans sa structure et dans sa solidité générale¹²⁵⁹. Ainsi, d'autres travaux pouvaient être considérés comme étant de grosses réparations, en fonction de

¹²⁵⁰ C. civ. Art., 606 al. 1 et 2

¹²⁵¹ C. civ. Art., 606 al. 3

¹²⁵² Cass. civ. 3e, 7 février 1978, pourvoi n° 76-14.214, Bull. 1978, III, n° 71; Cass. civ., 27 mars 2002, pourvoi n°00-22561, inédit; Cass. civ., 17 avril 1996, BC III n°103

¹²⁵³ Kenderian F., note sous Cass. 3e civ. 10 décembre 2008, pourvoi n°07-20.277, RTD com 2009 P. 694

¹²⁵⁴ Cass. civ 3e, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-14.631, Bull. 2008, III, n° 121

¹²⁵⁵ Cass. civ. 3e, 9 juill. 2008, pourvoi n° 04-14.631, Bull. civ. III, n° 121; Cass. civ. 3e, 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-12.970, inédit; Cass. civ. 3e, 18 déc. 2012, pourvoi n° 10-21.636, inédit

¹²⁵⁶ Cass. civ. 3e, 27 novembre 2002, pourvoi n°01-12.816, bull. 2002 III N° 235 P. 202

¹²⁵⁷ Cad tout ce qui se rapporte aux toitures, aux murs et aux clôtures

¹²⁵⁸ Blatter J.-P., note sous Cass. civ. 3e, 29 sept. 2010, n° 09-69.337, AJDI 2013, p. 37

¹²⁵⁹ Cass. civ. 3e, 13 juillet 2005, pourvoi n° 04-13.764, Bull. 2005 III N° 155 p. 144

l'importance et du caractère exceptionnel de la dépense¹²⁶⁰. Néanmoins, la Cour rappelait, récemment, que l'article 606 du code civil était d'interprétation stricte¹²⁶¹.

Elle exigeait, enfin, des stipulations expresses répartissant clairement les différentes catégories de travaux entre le bailleur et le preneur¹²⁶² et, conformément à l'article 1162 du code civil, lorsque les clauses étaient trop imprécises, le juge devait les interpréter dans un sens favorable au locataire. Toutefois, lorsque les termes du bail étaient suffisamment précis, le bailleur pouvait mettre à la charge de son locataire des travaux importants, notamment les travaux de mise aux normes de sécurité des établissements ouverts au public, et les travaux destinés à faciliter l'accession aux personnes handicapées¹²⁶³.

433. Une réglementation ancienne et dépassée par la pratique. – Nous constatons que, contrairement à la réglementation existante en matière de bail d'habitation, aucune disposition n'indiquait, et ne précisait clairement, quels travaux devaient être supportés par telle ou telle partie. L'article 1754 du code civil énumérait, simplement, de manière purement indicative des termes d'un autre temps, pratiquement plus utilisés en pratique, tels que les « contrecœurs » ou les « chambranles ». Les parties se retrouvaient perdues au milieu de ces termes, étant donné que, la plupart du temps, ceux-ci n'avaient strictement rien à voir avec l'activité du locataire. Précisons que les dispositions de cet article ne sont alors même pas d'ordre public.

434. Multiplication des contentieux justifiant l'intervention du législateur dans le contenu du bail commercial. – Ces dernières années, l'étude des pratiques conventionnelles dans les baux commerciaux, en matière de répartition des travaux, révélait un contentieux bien fourni, auquel l'ancienneté des règles et leur inadéquation ne permettaient plus de répondre. Depuis une dizaine d'années, la doctrine réclamait une réforme des textes pour que les règles soient plus claires¹²⁶⁴. Certains auteurs mettaient ainsi en avant, que ces contentieux avaient, à la fois, pour effet de tendre les relations entre le bailleur et le locataire et de réduire les revenus de chacun. L'équilibre n'était pas bon.

Un différend en la matière n'étant généralement réglé que par une solution drastique, à savoir la cession du fonds de commerce et du bail : cela constituait un frein, voire même un arrêt, pour

¹²⁶⁰ « La réfection des zingueries affectant une partie importante de l'immeuble et nécessitant une dépense exceptionnelle » : Cass. civ., 2 févr. 1955, Bull. civ. 1955, I, n° 55

¹²⁶¹ Cass. civ. 3e, 27 nov. 2002, pourvoi n° 01-12.816, Bull. 2002 III N° 235 p. 202

¹²⁶² Cass. civ. 3e, 6 mars 2013, pourvoi n° 11-27.331, Bull. civ. III, no 34

¹²⁶³ Lafond J., note sous Cass. civ. 3^e, 1er juin 1999, pourvoi n° 97- 20.164, inédit., JCP N 1987, 101042

¹²⁶⁴ Chalignac F., « La répartition des travaux dans le bail commercial : appel à une réforme législative » D. 2004, p.2637

l'activité du preneur. De plus, pour le bailleur, les conséquences économiques pouvaient également être néfastes, dans la mesure où le ralentissement des discussions et de l'exécution des clauses et engagements pouvait aboutir à la diminution de la valeur vénale du bien. L'équilibre économique justifiait donc l'intervention du législateur.

435. Besoin d'anticipation des parties. – Il est également possible de soulever que la nature des travaux à réaliser a bien évolué, et que ceux-ci ne sont plus les mêmes qu'à l'époque de la rédaction du code civil. Forcément, leur coût a évolué également. Citons à titre d'exemple le « désamiantage », obligation nécessitant le recours à des entreprises spécialisées, dont le coût est généralement relativement élevé.

La nature des travaux a changé, et leur fréquence également. Celle-ci est, désormais, beaucoup plus importante, notamment pour certains établissements soumis à des normes de sécurité et réglementation très strictes.

Par conséquent, en considération du coût des travaux et de leur fréquence, bailleurs et locataires doivent être en mesure de prévoir et anticiper la réalisation de ceux-ci. Les enjeux financiers et la sécurité juridique justifiaient, une nouvelle fois, l'intervention du législateur.

436. Une jurisprudence maintenant, déjà, un certain équilibre. – Par la rédaction de clauses très usuelles¹²⁶⁵, « *les bailleurs emploient parfois les termes les plus larges, espérant ainsi être exonérés de la plupart des travaux, quelles que soient les circonstances* »¹²⁶⁶. C'était notamment le cas pour des dépenses saugrenues relatives, par exemple, à l'entretien des ascenseurs¹²⁶⁷, voire à la structure même de l'immeuble¹²⁶⁸.

Signalons toutefois que ces clauses avaient dans la pratique déjà une portée très limitée, en vertu de l'article 1755 du code civil selon lequel « *aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge des locataires quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure* » et d'une jurisprudence stable sur la vétusté selon laquelle « *il ne peut être déduit d'une clause générale qu'elle inclut nécessairement les travaux résultant de la vétusté* »¹²⁶⁹.

¹²⁶⁵ Dreveau C., « Portée des clauses relatives aux travaux », AJDI 2014. 376

Chalvignac F., *ibidem*

¹²⁶⁶ Dreveau C., « Charge des travaux dus à la vétusté », AJDI 2017, P.273

¹²⁶⁷ Charge des réparations dues à la vétusté : nécessité d'une clause expresse, Cass. civ. 3^e, 5 avril 2011, 5 avril 2011, pourvoi n°10-14.877

¹²⁶⁸ Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2008, pourvoi n° 07-14.631, Bull. 2008, III, n° 121

¹²⁶⁹ Dreveau C., *ibidem*

C'est ce qui a fait, encore une fois, dire à certains auteurs que la réforme effectuée par la loi Pinel n'apportait que très peu de changements.

437. Il nous apparaît, néanmoins, pertinent de rappeler que la loi a vocation à informer clairement les parties sur ce qu'il est possible de mettre à la charge de l'une ou l'autre d'elles, ce qui n'était pas le cas. Dès lors, la loi Pinel devait légalement proclamer une impossibilité nette et claire. En cela, nous considérons que le législateur est intervenu de manière pertinente. Certaines réparations, de manière sûre, ne sont plus transférables au preneur.

2- L'impossibilité d'imputer les grosses réparations au preneur, légalement proclamée par le législateur

438. Répartition des travaux. – La stratégie du législateur a été la même en matière de charges locatives qu'en matière de dépenses d'entretien et de réparation : « *la loi Pinel a mis un frein à la liberté contractuelle* »¹²⁷⁰. Le décret du 3 novembre 2014 finalise son projet de clarification de la répartition des charges entre bailleurs et locataires et prévoit, au chapitre V du titre IV du livre Ier de la partie réglementaire du code de commerce, que « *ne peuvent être imputés au locataire* :

1° Les dépenses relatives aux grosses réparations mentionnées à l'article 606 du code civil ainsi que, le cas échéant, les honoraires liés à la réalisation de ces travaux ;

*2° Les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet de remédier à la vétusté ou de mettre en conformité avec la réglementation le bien loué ou l'immeuble dans lequel il se trouve, dès lors qu'ils relèvent des grosses réparations mentionnées à l'alinéa précédent »*¹²⁷¹.

439. Reprise des critères anciens par la réforme. – La Cour de cassation ne semblait plus se référer aux dispositions de l'article 606 du code civil dans les baux commerciaux, préférant se fonder sur d'autres critères pour définir les grosses réparations. L'article R. 145-35 du code de commerce¹²⁷², en son premier alinéa, continue pourtant d'y faire référence. En effet, l'article interdit au bailleur de transférer au locataire les dépenses relatives aux grosses réparations de l'article 606 du code civil, ainsi que les honoraires liées à ces travaux. Il s'agirait ainsi de considérer que les travaux de gros murs, de planchers, de fondations, et de réfection totale de

¹²⁷⁰ Ibidem

¹²⁷¹ C. com. Art., R. 145-35

¹²⁷² Créé par le décret n°2014-1317 du 3 novembre 2014 - Art. 6

la couverture de l'immeuble, ne peuvent être, à l'exception des travaux remédiant à la vétusté, refacturés au locataire.

Par ailleurs, il semble que la distinction entre « réparations de l'article 605 » et « réparations de l'article 606 » soit implicitement conservée¹²⁷³ et, par conséquent, qu'il faille considérer que les travaux de ravalement, hors cas de gros œuvre et de réfections ponctuelles de la toiture, puissent être conventionnellement mis à la charge du preneur. Eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation, les praticiens les plus prudents tâcheront, toutefois, de définir le plus précisément possible « *les réparations d'entretien* » et « *les grosses réparations* ».

440. Vétusté et grosses réparations. – Le second alinéa de l'article R. 145-35 interdit désormais la refacturation des dépenses « *ayant pour objet de remédier à la vétusté (...) dès lors qu'elles relèvent des grosses réparations* ». En conséquence, deux conditions semblent cumulatives¹²⁷⁴ : d'une part, les travaux doivent remédier à la vétusté de l'immeuble et, d'autre part, ceux-ci doivent constituer de grosses réparations. Ainsi, le domaine d'exclusion est beaucoup moins restrictif que prévu. Il suffira que les travaux en question ne se trouvent pas être des travaux de gros œuvre, ou des travaux relatifs à la toiture, et ceux-ci pourront, de ce fait, conventionnellement être mis à charge du locataire par le bailleur.

Il en serait de même des travaux de mise en conformité, en vertu du même alinéa. Mais un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹²⁷⁵, en date du 18 janvier 2018, a récemment affirmé que « *les travaux de mise aux normes, destinés à assurer un meilleur usage et une plus grande sécurité des lieux, peuvent rester à la charge du preneur* »¹²⁷⁶, dans la mesure où ceux-ci n'étaient pas compris dans l'obligation de délivrance du bailleur. Resterait donc, dans cette mesure, à démontrer que les travaux de mise en conformité sont, ou ne sont pas, nécessaires à l'exercice de l'activité prévue dans le bail commercial. Selon nous, cela est plus ou moins aisé en fonction de l'activité en présence, et selon ce qui a pu être précisé au sein même du contrat ...

¹²⁷³ Brault Ph. H. « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en oeuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 », *Loyers et copr.* n° 12, Décembre 2014

¹²⁷⁴ Gouraud C., « Baux commerciaux : retour sur la mise en œuvre de la loi Pinel », *Defrénois*, 30 janvier 2015 n° 2, p. 66

¹²⁷⁵ Cass., 3e civ., 18 janvier 2018, pourvoi n° 16-25.126 (F-D) : analyse de cet arrêt dans Blatter J.-P., « Transfert partiel au locataire de l'obligation de délivrance », *AJDI* 2018, 437

¹²⁷⁶ Les travaux de mise aux normes destinés à assurer un meilleur usage et une plus grande sécurité des lieux peuvent rester à la charge du preneur : Cass. civ. 3^e, 18 janvier 2018, pourvoi n°16-26.011, publié au Bull.

441. Obligation de l'explicite. – En définitive, depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel, s'il est une règle à retenir c'est bien que « *le preneur ne pourra jamais supporter les travaux dus à la vétusté, y compris si le bail le prévoit expressément* »¹²⁷⁷. Il est dorénavant inutile de rédiger une clause générale conduisant à faire supporter au preneur les travaux dus à la vétusté. Nous constatons, ainsi, une absolue obligation de l'explicite désormais. Ce serait finalement la seule « voie de sortie » pour le bailleur qui souhaiterait continuer de mettre à la charge du preneur les mêmes travaux qu'avant la réforme, « *pourvu que ce soit, assez explicitement, la volonté des parties de se consentir des avantages réciproques à leur gré, dans le respect de la loi nouvelle* »¹²⁷⁸. Le principe reste cependant le même : les travaux dus à la vétusté ne peuvent être supportés par le preneur. Le bailleur doit donc procéder à la répartition des travaux de manière précise, de manière à ce que la règle soit respectée. Par exemple, nous trouverons ainsi les termes « lorsque les travaux ne seront pas dus à la vétusté ».

Nous choisissons d'y voir une certaine survivance de la liberté contractuelle. Certains considèrent, néanmoins, qu'en n'optant pas pour un encadrement plus rigide, le législateur n'a pas su mettre à l'abri la pratique de quelques conséquences critiquables. C'est pour cette raison que la loi a pu être jugée imparfaite en doctrine.

Paragraphe 2- Les conséquences critiquables d'une loi dite « imparfaite »

442. Les principales critiques de la loi Pinel concernent la cohérence d'ensemble du dispositif (A). Celle-ci ne consistant principalement qu'en une protection de la partie faible, serait peut-être à l'origine d'un nouveau déséquilibre contractuel (B).

A) L'unique volonté de protection de la partie faible ne permettant pas la mise en place d'une cohérence d'ensemble des textes

443. Cette absence de cohérence on la retrouve, même en dehors des charges et travaux, dans la globalité de la rédaction, parfois hasardeuse, de la réforme de 2014 (1) qui, de plus, paraît même en retard, par certains aspects, sur la jurisprudence applicable avant son entrée en vigueur (2).

¹²⁷⁷ Dreveau C., *ibidem*

¹²⁷⁸ Voir en ce sens De La Vaissière F., « encore l'obligation de délivrance ! », AJDI 2017 p.270

1- L'incohérence par la rédaction parfois « hasardeuse » de la réforme élaborée en 2014

444. Une confusion des textes, soulevée par les auteurs¹²⁷⁹. – « Parmi les raisons majeures de cet échec : l'absence d'étude d'impact du texte déposé à l'Assemblée nationale, la méconnaissance du droit des baux commerciaux par la secrétaire d'État et son équipe, l'absence de maîtrise des débats à l'Assemblée nationale et l'excès d'idéologie »¹²⁸⁰. L'échec dont il est question, dans ce constat très sévère, est celui de l'adoption par notre Parlement de dispositions jugées, très souvent, confuses, complexes, ou incertaines, par les acteurs et professionnels du droit.

Ce que nous choisissons d'appeler « la rédaction hasardeuse », et qui fut même qualifier d'« *amateurisme* »¹²⁸¹ rédactionnel, peut être constaté dans différents articles nouveaux du statut élaborés par la loi Pinel. Le premier exemple saisissant, très commenté, a déjà été souligné dans la première partie de cette thèse¹²⁸² : il s'agit de l'absence de réécriture de l'article L. 145-15 du code de commerce qui a, en principe, pour fonction d'énumérer les articles qui sont d'ordre public, ainsi que de l'article L. 145-16 complétant ce dernier. Nous ne reviendrons pas dessus.

En revanche, d'un point de vue pratique, rappelons qu'avec la loi Pinel nous semblons être en présence d'un ordre public de protection. Par conséquent, à partir du moment où le preneur acquiert son droit, celui-ci peut tout à fait y renoncer contractuellement. Cette possibilité est offerte par l'ordre public de protection, en application duquel si l'on ne peut renoncer à un droit avant de l'acquérir, par exemple ici avant la conclusion du bail commercial, cela est tout à fait possible une fois ce droit acquis¹²⁸³.

Monsieur Brault, à la toute fin de son intervention lors du vingt-troisième rendez-vous annuel des baux commerciaux, en 2015 à Paris, évoquait subtilement cette possibilité, en rappelant qu'un simple avenant au bail commercial suffisait à contrer cette règle impérative.

A titre personnel, nous nous posons la question suivante : dans quelle mesure ne va-t-on pas voir se multiplier, en cabinets d'avocats par exemple, des pratiques douteuses par lesquelles un

¹²⁷⁹ En ce sens, sur le réputé non écrit et l'application dans le temps de la nouvelle sanction, Brignon B., « Du réputé non écrit et de l'application dans le temps de la loi Pinel », Cah. de dr. de l'entr. n° 3, Mai 2015, dossier 17

¹²⁸⁰ Monéger J. « De l'absence de lissage du loyer d'un bail commercial ayant duré par l'effet d'une tacite prolongation plus de douze ans », RTD Com. 2017 p.830

¹²⁸¹ De La Vaissière F., « Baux commerciaux, d'habitation et professionnels », AJDI 2017, 25 février 2017, p.99

¹²⁸² Supra n° 47

¹²⁸³ En ce sens : Cass. civ 1^{er}, 17 mars 1998, pourvoi n°96-12.183, Bull. 1998 I N° 115 p. 76

locataire signerait un contrat de bail puis, deux minutes après, signerait un avenant pour renoncer aux droits qu'il vient d'acquérir deux minutes auparavant ? Il n'y a pas de solution claire à apporter à cette question. Tous les auteurs ne sont pas d'accord. Certains, plus nombreux, considèrent qu'il s'agit d'un ordre public de direction et que, par conséquent, aucun mécanisme ou stratagème contractuel ne pourra s'y substituer.

L'ordre public du statut des baux commerciaux est donc « *source de nombreuses difficultés d'interprétation* »¹²⁸⁴.

445. Des contradictions sources d'inefficacité. – L'efficacité d'un texte, d'une réforme, tient parfois à sa raison d'être, ou à sa façon d'être insérée, dans un « ensemble contractuel ». Il faut que le texte en question ne fasse pas « doublon », par exemple, avec des textes antérieurs et toujours en vigueur, ou n'ait pas d'influence négative sur ceux-ci, sans quoi il devient source d'inefficacité juridique. Nous allons citer trois exemples problématiques à cet égard.

446. Absence de modification pour éviter le conflit des textes. – Le premier exemple que l'on peut citer est l'affrontement entre deux doubles règles, dans une situation que nous avons abordée précédemment, à savoir l'influence des charges re-facturables sur la valeur locative¹²⁸⁵. Le conflit de règles en question est celui opposant, d'un côté, les articles L. 145-40-2 et R. 145-35 du code de commerce, et de l'autre l'article 1400 du code général des impôts et l'article R. 145-8 du code de commerce. Techniquement, la loi Pinel choisit clairement d'exclure la taxe foncière du dispositif mais ne procède pas aux modifications textuelles nécessaires à l'expression de sa volonté dans nos codes. En effet, l'article 1400 du code général des impôts¹²⁸⁶ continue de préciser que la taxe foncière doit être payée par l'unique propriétaire de l'immeuble concerné. Dès lors, les auteurs n'ont pas manqué de relever que « *ni la loi Pinel, ni son décret d'application n'ont apporté la moindre novation à cet égard ...* »¹²⁸⁷. Par conséquent, l'article R. 145-8 du code de commerce doit s'appliquer et influencer sur la valeur locative comme nous l'avons déjà expliqué.

447. Incohérence dans la disparité des prescriptions. – Le second exemple que nous choisissons d'évoquer concerne l'article L. 145-60 du code de commerce selon lequel « *toutes les actions exercées en vertu du présent chapitre se prescrivent par deux ans* ». L'article prévoit

¹²⁸⁴ Gauciere B., « Bail commercial : les charges locatives après la loi Pinel », BRDA, juin 2015, note n°26

¹²⁸⁵ Supra n° 423

¹²⁸⁶ Version en vigueur au 2 mars 2017

¹²⁸⁷ Dumur J.P., *ibidem*

donc une prescription biennale. Cela n'aurait pas été dérangeant si le « *présent chapitre* » en question n'était pas celui des baux commerciaux et si la loi Pinel n'avait pas modifié la sanction applicable aux « *clauses contraires aux règles d'ordre public du statut des baux commerciaux* »¹²⁸⁸. En effet, on constate une disparité de régime entre les situations visées par l'article L. 145-60, et celles visées par le nouvel article L. 145-15 du même code selon lequel « *sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54* ».

Pour Monsieur Dumur, « *il ressort de ce qui précède qu'aux termes d'une lecture littérale, les actions exercées en vertu des articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce, donc celles visant à voir réputer non écrite une clause, devraient se prescrire par deux ans* »¹²⁸⁹ ! La Cour de cassation semblant suivre cet étrange raisonnement a, ainsi, pu rappeler récemment qu'en matière de fixation de loyer la procédure était prescrite au bout de deux ans¹²⁹⁰.

L'incohérence est selon nous très présente. On peine à comprendre pourquoi les actions relatives aux baux commerciaux, et à la fixation de leur loyer, continuent de se voir appliquer la prescription biennale. Deux ans pour contester un loyer, cela nous paraît très court quand on sait que, dans les faits, les parties attendent très souvent la multiplication des abus pour, enfin, oser revendiquer quoi que ce soit. Une prescription unique pour le statut, cela pouvait paraître plus pertinent.

448. Application imprécise dans le temps. – On peut encore citer, à titre d'exemple montrant l'imprécision des textes, l'application de la loi Pinel dans le temps¹²⁹¹. Cette imprécision va étrangement jusqu'à rendre incertaine l'application des dispositions, issues de la loi Pinel, aux baux antérieurs à cette loi, ceci par l'entrée en jeu de particularités dans les situations. La loi ne devrait pourtant pas avoir d'effet rétroactif.

Pourtant, l'application de l'article L. 145-34 du code de commerce, relatif au mécanisme de lissage du déplafonnement, étudié plus en profondeur par la suite¹²⁹², a pu poser des difficultés. Indiquons, dès à présent, que cet article a vocation à étaler les effets d'un déplafonnement sur

¹²⁸⁸ Baou L., « Loi Pinel - Baux Commerciaux », Village-Justice.com, Mercredi 20 Août 2014

¹²⁸⁹ Dumur J.-P. « Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations », AJDI 2014. 821

¹²⁹⁰ Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2016, pourvoi n°15-19.485, Publié au Bulletin

¹²⁹¹ cf supra n° 9

¹²⁹² Infra n° 785 et s.

dix années, et que ce dernier doit normalement s'appliquer aux baux conclus, ou renouvelés, à partir du 1^{er} septembre 2014.

La cour d'Agen¹²⁹³ dut répondre à la question de savoir si un bail renouvelé, avant l'entrée en vigueur de loi, mais dont le loyer fut fixé judiciairement plus tard, devait se voir appliquer les dispositions de l'article L. 145-34. De manière fort surprenante, la cour d'appel d'Agen applique le nouvel article audit bail, considérant que la décision fixant le nouveau loyer, et l'expiration du délai possible d'appel, était postérieure au 31 août 2014. C'est ce qui a fait dire à Monsieur Brault que la « *rédaction pour le moins inappropriée* »¹²⁹⁴ de cet article pose beaucoup de problèmes en pratique.

En dehors du cas précédent de fixation judiciaire du loyer, relevons que pour les seuls baux commerciaux renouvelés, il existe plusieurs dates possibles à prendre en compte pour considérer applicable, ou non, l'article L. 145-34, à savoir la date de prise d'effet du contrat, la date à laquelle le contrat a été conclu « *dans le cadre d'une nouvelle convention exclusive de tout renouvellement* »¹²⁹⁵, la date à laquelle un nouveau contrat ou un nouvel avenant a été signé, la date, enfin, fixée par jugement et correspondant à la date fixée dans les termes du bail échu.

449. Ce type d'imprécisions ne paraît pas apte à guider les parties, pas même les praticiens et les juges devant mettre en application les nouveaux textes, de manière suffisamment claire. Elles concernent, également les charges et les travaux. Cela est fort regrettable dans la mesure où la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation semblait relativement bien répondre aux différentes problématiques.

2- Une législation dépassée au regard de la jurisprudence chirurgicale de la Cour de cassation en matière de charges et travaux

450. La loi Pinel a pu être jugée « dépassée », s'agissant des charges (a) ou des travaux (b).

a- La nouvelle notion de « catégories de charges » paraissant obsolète

451. Absence de définition des « catégories ». – Ce devait être le principal apport de la loi Pinel. Désormais, depuis le 1^{er} septembre 2014, lorsqu'un contrat de bail commercial est conclu, ou renouvelé, celui-ci doit comprendre un inventaire précis et limitatif de toutes les

¹²⁹³ CA Agen Ch Civ 16 nov. 2016 n°15-01619, SCI Mathéo c/ SAS Okaidi (appel TGI Agen baux commerciaux, 3 nov. 2015 : JurisData n° 2016-029639)

¹²⁹⁴ Brault P.-H., « Fixation du loyer », Loyers et copr. n°4, avril 2017, comm. 81

¹²⁹⁵ Ibidem

charges, taxes ou impôts pesant sur le bailleur ou le preneur. Cependant, le nouvel article L. 140-45-2 du code de commerce ne fait pas référence simplement aux charges, mais aux « *catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire* ». Toute la difficulté, ici, réside dans le fait que ni la loi Pinel, ni son décret d'application du 3 novembre 2014, ne précisent clairement quelles « *catégories* »¹²⁹⁶ de charges doivent être stipulées.

Selon certains auteurs, cela « *laisse une certaine marge de manoeuvre susceptible de fragiliser les apports réels de la loi* »¹²⁹⁷. Madame Gauciere estime que l'on arrive dans une situation où « *il appartiendra aux parties du bail de faire œuvre de création* »¹²⁹⁸. Elle estime possible, toutefois, de s'inspirer de la répartition en matière de bail d'habitation, découlant de l'accord Delmon de novembre 1973, de l'accord Delmon de septembre 1974, et du décret 87-713 du 26 août 1987 relatif aux charges récupérables.

452. Remise en cause du « forfait de charges ». – Monsieur Barbier souligne, quant à lui, le fait que les bailleurs « *auront le plus grand mal* »¹²⁹⁹ à obtenir les informations devant être annexées dans l'inventaire, surtout lorsque l'immeuble sera en copropriété et qu'il faudra demander celles-ci auprès du syndic de l'immeuble en question.

En respectant l'esprit de la loi, il faudrait, pourtant, faire figurer très clairement au sein du contrat de bail commercial toutes les sommes à la charge du preneur et, plus encore, faire apparaître la liste détaillée des dépenses¹³⁰⁰. Cette nouvelle façon de rédiger la partie relative aux charges, dans le contrat, pourrait mettre véritablement mettre un terme à la pratique du « forfait de charges ».

Ce forfait correspond à une pratique, très courante avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel, par laquelle les parties choisissaient de fixer un « *montant global, définitif et insusceptible de révision* »¹³⁰¹, calculé par application d'un pourcentage sur le prix du loyer. Ce montant était donc « insusceptible » de révision puisque le pourcentage était fixe. En revanche, le loyer était

¹²⁹⁶ Marcet E., « L'encadrement des relations entre les parties en matière d'état des lieux, de charges et taxes récupérables et de travaux », Loyers et copr. sept 2014, art 4.

¹²⁹⁷ Kenderian F. « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

¹²⁹⁸ Gauciere B., ibidem

¹²⁹⁹ Barbier J.-D., « Le statut des baux commerciaux », GP n°221, 09 août 2014, p.11

¹³⁰⁰ Denizot C., « Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges, Analyse de l'article L.145-40-2 du Code de commerce », AJDI 2014, p. 591.

¹³⁰¹ Haas P., « Forfait pour charges », AJDI 2017 p.434

lui-même révisé annuellement par indexation. Dès lors, la somme payée au titre des charges par le locataire évoluait automatiquement sans que les parties n'aient à intervenir.

Bien qu'elle nous apparaisse contestable, car potentiellement déconnectée des véritables sommes dépensées, la jurisprudence, par souci de respect de la liberté contractuelle des parties, acceptait cette pratique en considérant qu'au vu de son « *caractère contractuel* » elle ne pouvait « *être valablement regardée comme un enrichissement sans cause* »¹³⁰².

Il apparaît désormais possible, avec les nouvelles dispositions issues de la loi Pinel et l'obligation de dresser l'inventaire précis des catégories de charges, de remettre en cause la validité de ce forfait de charges, tant celui-ci semble conduire au « loyer triple net ». Certains auteurs considèrent cependant possible que le juge continue de faire primer la liberté contractuelle¹³⁰³. Les autres, moins optimistes et plus nombreux, considèrent qu'il faudrait, pour que cette pratique puisse subsister, que les nouvelles dispositions ne soient pas reconnues comme étant d'ordre public de direction¹³⁰⁴. Nous considérons que la pratique du forfait de charges est, désormais, totalement à proscrire. Elle nous semble pouvoir être qualifiée de pratique abusive, dans la mesure où elle ne semble pas à même de démontrer la négociabilité de la répartition des charges et dans la mesure où celle-ci semble profiter uniquement au bailleur¹³⁰⁵.

453. Un recul sur la jurisprudence. – Tout dépendra, évidemment, de l'application qui sera faite en jurisprudence de la notion de catégorie de charges, « *laquelle en semblant permettre des regroupements paraît a priori en retard sur la jurisprudence tendant à imposer une précision plus chirurgicale* »¹³⁰⁶. En effet, certains auteurs y voient un réel recul¹³⁰⁷ par rapport à ce qui était déjà décidé en jurisprudence, non pas uniquement sur les termes et mots employés, mais également sur leur finalité, c'est-à-dire s'agissant de la protection du locataire. Celle-ci semblait, en fin de compte, mieux assurée par la simple « *exigence d'une stipulation expresse du contrat de bail* »¹³⁰⁸.

Considérer que l'équilibre du bail commercial serait mieux assuré par cette solution

¹³⁰² CA Paris, 16e ch., 18 oct. 1991

¹³⁰³ Denizot C., *ibidem*

¹³⁰⁴ Monéger J., « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », *Loyers et copr.* n° 10, octobre 2016, dossier 8

¹³⁰⁵ *Infra* n° 527

¹³⁰⁶ Berrebi G., « Vers un renouveau de l'article 606 du code civil ? », *AJDI* 2016, P.826

¹³⁰⁷ Kenderian F., *ibidem*

¹³⁰⁸ Kenderian F., « De l'exigence d'une stipulation expresse du contrat de bail commercial pour transférer au preneur certains accessoires du loyer », *RTD com.* 2013, p. 231

jurisprudentielle antérieure à la loi nouvelle, cela apparaîtrait décevant dans la mesure où la loi Pinel, dans sa conception, s'est très nettement appuyée sur cette dernière jurisprudence pour instituer une obligation d'inventaire des catégories de charges. La référence à la jurisprudence n'existe, pourtant, que par le rajout de l'adjectif « *limitatif* » au texte par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale : on comprend ainsi que la reprise de la jurisprudence est assez relative en somme.

454. Baux renouvelés et contentieux interprétatifs. – Une autre difficulté rédactionnelle apparaît dans la pratique s'agissant des baux commerciaux renouvelés. L'inventaire s'impose également aux baux renouvelés après l'entrée en vigueur de la loi. Or, il semble utopique de considérer que tous les bailleurs et locataires de France, en sachant qu'en l'absence de leur intervention rédactionnelle le bail commercial se renouvelle en reprenant les mêmes conditions et obligations que le bail précédent, ont pensé à actualiser leur contrat de bail commercial pour dresser cet inventaire.

Selon Monsieur Antoniutti, « *il paraît excessif de penser qu'une clause de transfert de charges, rédigée sous l'empire de la loi ancienne, devrait disparaître du seul fait que le contrat se serait renouvelé sans qu'un inventaire des charges par catégorie n'ait été signé par les parties, et alors même que la loi n'impose pas de nouveau bail écrit* »¹³⁰⁹. Toutefois, il est fort probable que ces renouvellements créent ce que l'auteur appelle des « *contentieux interprétatifs* » qui seront amenés à être solutionnés par le juge. Celui-ci devra pousser l'interprétation jusqu'au point de savoir quels travaux avaient été voulus par les cocontractants à la charge de l'un ou de l'autre d'entre eux. Cette difficulté d'ordre rédactionnel aura donc, à la suite de cette interprétation, indirectement des effets financiers pour les parties.

455. Absence de sanction. – Enfin, la dernière difficulté vient d'une absence sur laquelle nous reviendrons plus tard plus en détails mais qu'il s'agit, d'ores et déjà, de signaler : aucune sanction n'a été prévue par le législateur en cas d'absence d'inventaire dans le contrat de bail commercial¹³¹⁰. Cela est surprenant lorsque l'on sait que ce texte d'ordre public a, en principe, pour fonction de rééquilibrer le contrat¹³¹¹ ...

¹³⁰⁹ Antoniutti A. « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 9

¹³¹⁰ Infra n°687

¹³¹¹ En ce sens cf Kenderian F., « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

b- Réforme assimilable à une simple reprise de la jurisprudence fondée sur l'article 606

α- Questions générales relatives aux grosses réparations et travaux d'embellissement

456. La refonte opérée par le législateur aurait pu avoir pour conséquence de mettre un terme aux règles anciennes tenant à la distinction entre les travaux courants et les grosses réparations de l'article 606 du code civil. Mais le décret d'application de la loi Pinel, en date du 3 novembre 2014, a finalement eu pour effet de remettre ce dernier article en avant. L'article R. 145-35 du code de commerce y fait, en effet, référence dès son premier alinéa. Il s'agira donc de s'interroger, à nouveau, sur la signification de ce terme des « grosses réparations » chaque fois qu'il sera nécessaire de se demander si une dépense peut bien être mise à la charge du preneur.

457. Intégration d'une jurisprudence « ancienne ». – On peut voir en cette réaffirmation de l'article 606 du code civil un véritable recul, dans la mesure où le législateur ne se contente pas d'intégrer à la loi la jurisprudence applicable, mais où il choisit d'intégrer la jurisprudence que l'on pourrait dire antérieure à la jurisprudence actuelle... En effet, la jurisprudence construite sur l'unique définition des grosses réparations semblait, assez largement, délaissée par les juridictions au profit de la jurisprudence fondée sur la règle de l'obligation de stipulations précises dans les contrats.

458. Incertitudes sur la charge des travaux d'embellissement – La seule nouveauté apportée par la réforme apparaît être l'impossibilité de faire supporter les honoraires de gestion au preneur, ce qui est selon nous assez décevant. Pire, le nouveau décret permet peut-être de faire supporter les « travaux d'embellissement » au locataire¹³¹² ! En effet, le dernier alinéa de l'article R. 145-35 dispose désormais que « *ne sont pas comprises dans les dépenses mentionnées aux 1° et 2° celles se rapportant à des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique* ». Cette formulation est née au moment de la phase terminale des négociations précédant la promulgation de ce texte, sous la pression des bailleurs qui souhaitent pouvoir mettre à la charge des locataires les travaux de rénovation « *sous couvert d'embellissement* »¹³¹³ : on pense particulièrement aux travaux de ravalement de façade. Mais ni la loi, ni le décret ne permettent de savoir clairement quels vont être les critères montrant cet excédent¹³¹⁴. D'ailleurs, « *si cela s'avère possible, il n'est pas certain que l'on*

¹³¹² En ce sens, *ibidem*

¹³¹³ Brault P.-H., « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en oeuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 » *Loyers et copr.* n° 12, Décembre 2014

¹³¹⁴ En ce sens, Dumur J.-P., *ibidem*

*puisse dire que la loi Pinel aura, là encore, rééquilibré les baux commerciaux. Ce serait même plutôt l'inverse »*¹³¹⁵.

Notons tout de même, en la matière, que la Cour de cassation a récemment affirmé¹³¹⁶ que « *la clause mettant à la charge du locataire le ravalement ne décharge pas le bailleur pour les ravalements prescrits par l'autorité administrative* ». Nous attendrons plusieurs autres décisions, peut-être plus claires, sur la combinaison des dispositions relatives aux travaux d'embellissement et les règles relatives aux mises aux normes, avant d'en tirer des conclusions définitives.

459. Retard de la réforme sur la jurisprudence, aggravé par certaines imprécisions. –

Comme précédemment relevé, il y a tout d'abord une cruelle imprécision du texte concernant le « *coût du remplacement à l'identique* ». On peut se demander quand il sera possible de considérer que les travaux excéderont le remplacement à l'identique et à partir de quels critères : S'agira-t-il de « *leur nature, de leur périmètre, de leur coût, ou les trois réunis ?* »¹³¹⁷. Nous ne savons pas non plus quelle sera la partie facturée au locataire, c'est-à-dire en quelle proportion et sur quelle base de calcul. Nous le comprenons, l'imprécision de cette nouvelle dérogation, plutôt favorable au bailleur, posera de nombreuses questions pratiques.

C'est d'ailleurs également le cas de la seule notion d'« *embellissement* », non clairement définie. Celle-ci doit être différenciée des travaux d'amélioration, pris en compte pour le recalcul de la valeur locative. Monsieur Brault a tenté, en prenant une définition du dictionnaire, de s'interroger sur l'application de cette notion à des dépenses constitutives de grosses réparations¹³¹⁸. Ainsi, l'embellissement serait une « *modification tendant à embellir, en rendant plus agréable à la vue et sans doute plus fonctionnels les agencements des locaux, en les faisant apparaître sous un plus bel aspect* ». Les grosses réparations sont définies comme étant « *des travaux d'entretien de nature à maintenir l'immeuble en état de servir selon sa destination* ».

On peut, dès lors, s'interroger sur la possibilité de transférer le coût de travaux de rénovation, englobant des grosses réparations, au preneur. Lors d'un Colloque organisé par l'Alliance du commerce, le 19 mai 2016, de nombreuses critiques et questions pratiques sont intervenues au sujet de l'amendement « Ranjard », le cœur du problème en ce qui concerne l'embellissement,

¹³¹⁵ Kendérian F., *ibidem*

¹³¹⁶ Cass. civ.3e, 5 octobre 2017, pourvoi n° 16-11.470, Bull.n° 1008 F-D

¹³¹⁷ Dumur J-P., *ibidem*

¹³¹⁸ Brault P.-H., *ibidem*

puisque c'est celui-ci qui ajouta cette exception au texte. Or, comme cela fut très justement signalé, « *la notion d'embellissement n'existe pas en droit des baux commerciaux, on ne la trouve qu'en droit des assurances* ». Dès lors, pour le moment, il s'agirait de « *distinguer ce qui relève des dépenses amortissables, qui devraient être supportées par le bailleur, des dépenses qui disparaissent lors de la première consommation qui peuvent être prises en charge par le locataire* »¹³¹⁹.

La situation très particulière des baux de centres commerciaux peut également être mise en lumière s'agissant des travaux d'embellissement, dans la mesure où, dans celle-ci, absolument tous les travaux « *ont pour objet de rendre les centres commerciaux plus beaux* »¹³²⁰. Il apparaîtrait très abusif d'imposer au locataire de financer lui-même la rénovation d'une ancienne galerie marchande.

Il y a beaucoup de questions auxquelles la jurisprudence doit répondre. Les auteurs qui appelaient à l'intervention du législateur, afin de clarifier la législation concernant la répartition des travaux, doivent en effet attendre la position de la jurisprudence pour connaître le sens de cette clarification... De plus, l'objectif de la loi était, outre la clarification des textes, la diminution des coûts. Pourtant, en l'état, on peut se demander si l'on ne va pas, à l'avenir, assister à la multiplication par les bailleurs de travaux somptueux afin que ceux-ci puissent en faire supporter le coût aux locataires par la justification qu'il s'agit de travaux « *d'embellissement* ».

β- Questions particulières aux ensembles immobiliers

460. La nouvelle réglementation relative à la répartition des charges et travaux comporte une autre imprécision. Celle-ci concerne le régime particulier des « ensembles immobiliers » créé également par la loi Pinel. En effet, « *dans un ensemble immobilier, (...) la répartition entre les locataires des charges, impôts, taxes et redevances et du coût des travaux relatifs à l'ensemble immobilier peut être conventionnellement pondérée. Ces pondérations sont portées à la connaissance des locataires* »¹³²¹. Telles sont les nouvelles dispositions figurant à l'alinéa 5 de l'article R. 145-35 du code de commerce.

¹³¹⁹ Collectif, « Du bail commercial : plus de règles, ou plus de liberté ? », Alliance du commerce, PROCOS, Paris 2016

¹³²⁰ Ibidem

¹³²¹ C. com. Art., R. 145-35 al.5, mod. par l'art. 6 du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014

On comprend que, lorsque que le local, objet du bail commercial, fait partie d'un ensemble immobilier, il y aura impossibilité de faire supporter au locataire les charges, impôts, taxes, redevances et le coût des travaux relatifs à des locaux vacants ou imputables à d'autres locataires. Pour ce qu'il faut entendre par « *ensemble immobilier* », nous comprenons qu'il s'agirait, selon la majorité des auteurs¹³²², de lot de copropriété ou de lot de volume. Monsieur Garbit s'est, cependant, demandé si la notion devait être réduite aux seuls centres commerciaux¹³²³.

L'article L. 145-40-2 du code de commerce précise que « *le montant des impôts, taxes et redevances pouvant être imputé au locataire correspond strictement au local occupé par chaque locataire et à la quote-part des parties communes nécessaires à l'exploitation de la chose louée* ». Ainsi, dans le cas de local vacant, le locataire, très logiquement, ne supportera pas les charges en question, alors que, jusqu'à présent, la pratique était très fréquente. On pense, par exemple, à la situation dans laquelle le locataire, à la suite du départ d'un autre preneur de l'immeuble, se retrouve seul dans l'ensemble immobilier. A défaut de précisions lui étant favorable et précisant que dans pareil cas, le preneur n'aurait à régler que les charges relatives strictement affectées à sa propre exploitation, celui-ci se retrouvait face à l'augmentation brutale de ses charges.

461. La « pondération conventionnelle ». – Revenons maintenant sur la « *pondération conventionnelle* », ajoutée à la loi par le décret à l'article R. 145-35 du code de commerce. Dans ce cas de figure, la répartition des charges doit se faire en fonction de la « *surface louée* », selon l'article L. 145-40-2. Certains auteurs¹³²⁴ saluent cet ajout, car les risques de voir une répartition aberrante sur la base de la surface exploitée étaient grands.

D'autres, en revanche, estiment qu'il ne fera qu'entretenir des contentieux, surtout dans le cas concret des grandes surfaces, ou des grands centres commerciaux, où la pratique de transfert de charges, par la technique de la pondération, se fait généralement au détriment des preneurs qui exploitent pourtant des surfaces plus réduites. Cette pratique risquerait donc de se renforcer avec « *la bénédiction de la loi* »¹³²⁵ dont l'objectif était, pourtant, le rééquilibrage des relations entre bailleur et preneur...

¹³²² Gouraud C., « Baux commerciaux : retour sur la mise en œuvre de la loi Pinel » Defrénois, 30 janvier 2015 n° 2, P. 66

¹³²³ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.97

¹³²⁴ Gouraud C., *ibidem*

¹³²⁵ Dumur J-P., *ibidem*

Il s'agit d'expliquer ce qu'est la technique de la pondération. Il s'agit de la situation dans laquelle plusieurs locataires occupent un ensemble immobilier. Pour la répartition, les parties au bail peuvent pondérer le critère de la surface exploitée, dès l'instant où cette pondération est portée à la connaissance des locataires, en faisant varier celle-ci, en fonction de la destination du local, de l'usage et de l'activité exercée dans ce local. En effet, certaines activités sont plus ou moins consommatrices de charges.

Mais le décret ne donnant aucune précision quant aux modalités de pondération, plusieurs praticiens se demandent s'il est possible que la charte de la pondération, « mise en œuvre par la plupart des experts en matière de baux commerciaux, puisse s'appliquer inéluctablement, ou servir de référence, à la technique de pondération qui sera conventionnellement utilisée »¹³²⁶.

462. La « surface exploitée ». – Quant à la notion même de « surface exploitée », présente au troisième alinéa de l'article L. 145-40-2, plusieurs interrogations se posent, car celle-ci s'avère ambiguë. C'est « encore une définition malheureuse » selon certains commentaires¹³²⁷, celle-ci ne permettant pas de comprendre si un preneur ne faisant pas usage de la totalité de sa surface pourra demander à son bailleur la réduction des charges, par la limitation de celles-ci à la seule partie véritablement exploitée. Quand bien même la réponse à cette interrogation serait positive, on comprend bien que ce serait la porte ouverte à toutes les complications, puisque celle-ci est très souvent amenée à changer (diminuer ou augmenter) au fil du temps. Le texte légal ne définit pas cette surface exploitée, et il n'est pas fait référence à la superficie utile. Il s'agit, selon nous, de se référer strictement à la surface indiquée dans la convention des parties.

463. Liberté, Rigueur ou Laxisme... – Ces nouvelles règles auraient pour effet de rapprocher le statut des baux commerciaux du régime propre aux baux d'habitation. Cependant, la réglementation applicable à ces derniers est beaucoup plus précise puisqu'elle identifie clairement quelles sont les charges que le bailleur peut, ou ne peut pas, transférer au locataire. Or, et c'est bien là toute la difficulté, avec le nouveau dispositif de répartition issu de la loi Pinel et de son décret d'application, d'une part, « le contenu de l'inventaire et la répartition entre les parties sont abandonnés à la liberté contractuelle » et, d'autre part, « la deuxième

¹³²⁶ Brault P.-H., « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 » Loyers et copr. n° 12, Décembre 2014,

¹³²⁷ Dumur J.-P., *ibidem*

*lacune, plus gênante encore, est une absence quasi-totale de sanctions précisément définies en cas de violation des exigences portées par les textes »*¹³²⁸.

Nous constatons donc, avec grand regret que la loi Pinel, plutôt que de faire passer le statut de la liberté contractuelle totale à la rigueur certaine, a choisi de faire passer celui-ci de la liberté contractuelle, encadrée par les principes jurisprudentiels, au « laxisme statutaire ». Le « laxisme statutaire » pourra, évidemment lui aussi être encadré plus tard par la jurisprudence, certes, mais nous considérons qu'il eut été préférable, en impliquant plus efficacement les parties au bail commercial que sont bailleurs et preneurs, en définissant clairement les charges pouvant ou ne pouvant pas être transférées librement et en communiquant, à nos acteurs économiques, un tableau de répartition de celles-ci. Cela eut été un pas en avant fait dans le sens d'une meilleure information des parties, d'une meilleure communication entre elles et peut-être même le germe d'une collaboration amiable et performante.

En ce sens, Monsieur Barbier a, récemment, directement apostrophé le Gouvernement en demandant à ce que l'on rapproche la complexité du bail commercial, source d'insécurité, du régime du bail d'habitation beaucoup plus réglementé et dont les charges (et surtout leur répartition) sont prévues de manière nette, claire et précise : « *Simplifiez le travail des start-up. C'est simple. Mais il faut le vouloir* »¹³²⁹. Les parties s'en trouveraient beaucoup mieux « guidées » dans la rédaction de leur bail commercial.

464. C'est, peut-être, de l'imprécision des textes que de nouvelles pratiques abusives sont nées dans la pratique des baux commerciaux. Celles-ci illustrent parfaitement ce que nous souhaitons démontrer dans ce deuxième paragraphe, pour rappel relatif aux « conséquences critiquables d'une loi imparfaite ».

B) Les nouvelles pratiques abusives issues de la nouvelle législation des baux commerciaux : berceau d'un nouveau déséquilibre contractuel

465. Les auteurs rappelaient, deux ans après la réforme opérée par la loi Pinel, qu'il était finalement assez fréquent qu'une réforme engendre dans la pratique des conséquences

¹³²⁸ Brena S., « Les nouveaux enjeux juridiques et financiers des charges et travaux dans le statut des baux commerciaux », RDL n° 973, 1er janvier 2017

¹³²⁹ Barbier J-D., « Stratégies disruptives : simplifiez-nous le cross canal », GP n°26, juillet 2017, p.46

contraires à l'objectif initialement recherché¹³³⁰. C'est ce que Monsieur Malaurie appelait, au siècle dernier, « *l'effet pervers des lois* »¹³³¹.

L'objectif annoncé de la loi Pinel était, outre la stabilité et la protection du commerce de proximité, la fin du déséquilibre présent dans les baux commerciaux. Pourtant, certaines de ses mesures vont, probablement, avoir pour conséquence d'amplifier ce déséquilibre, que ce soit en accentuant la précarité du commerce (1) ou en générant de nouveaux abus (2). Ces mesures qui ne sont pas, idéologiquement, contraires à la volonté d'équilibre vont simplement servir de « terreau », de « socle », à la formation de nouvelles pratiques abusives.

1- Les nouvelles pratiques abusives, source de précarité du commerce

466. Des mesures incitant les bailleurs à multiplier les pratiques abusives. – Une des principales mesures de la loi Pinel, est le « lissage du déplaçonnement » ou « plafonnement du déplaçonnement »¹³³². Ce nouveau mécanisme, en atténuant les effets négatifs d'un déplaçonnement de loyer pour le locataire, devait rééquilibrer les relations. Il est pourtant l'une des mesures les plus potentiellement créatrices de dérives contraires à l'esprit de la loi. La raison tient au fait que, quelle que soit la méthode d'obtention du chiffrage de l'étalement de l'augmentation de loyer dans le temps, même en prenant la plus favorable au bailleur, celui-ci n'arrive jamais à récupérer la valeur locative en fin de bail commercial¹³³³.

Il est par conséquent fort probable, pour les baux en cours, que les bailleurs afin de récupérer le juste revenu de leur bien¹³³⁴ multiplient les procédures ayant pour finalité de mettre fin au contrat avec indemnité. En effet, en pratique, le bailleur préfère toujours octroyer une indemnité d'éviction au locataire et chercher à relouer, ensuite, afin de pouvoir fixer le loyer du nouveau bail à la valeur réelle de la location de son bien. C'est pour lui la seule façon de récupérer une rémunération satisfaisante, le déplaçonnement ne le lui permettant pas en l'état actuel de la législation.

467. Promotion du bail dérogatoire, non du statut. – Un autre effet « pervers » viendra certainement des nouvelles règles encadrant la durée des baux commerciaux, ainsi que des

¹³³⁰ Kendérian F., *ibidem*

¹³³¹ Malaurie P., « L'effet pervers des lois », *Droit civil, procédure, Linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 309

¹³³² *Infra* n° 785 et s.

¹³³³ Dumur J.P., « Loi Pinel et « plafonnement du déplaçonnement » : quadrature du cercle et casse-tête chinois! », *AJDI* 2014, p. 405, qui recense jusqu'à huit modes de calcul possibles du lissage annuel, au regard des textes

¹³³⁴ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », *RTD com.* 2014, p. 535

conventions voisines hors statut. C'est le cas du bail de courte durée, dit bail dérogatoire, auquel la loi Pinel s'est également intéressée. Signalons, simplement, que le législateur a augmenté d'une année la durée minimale de celui-ci. On obtient ainsi une location commerciale de trois ans au minima. L'intention du législateur, selon le projet de loi, est de « *faciliter le recours à ce type de baux et (...) les rendre plus attractifs pour les commerçants souhaitant tester leur activité sans s'engager dans un bail commercial plus contraignant* »¹³³⁵.

Mais selon Madame Sainturat et Monsieur Monéger¹³³⁶, cette mesure va avoir pour conséquence de sanctionner les plus petits commerçants. En effet, on assiste à un certain rapprochement entre le bail dérogatoire de trois ans et la première période triennale du bail commercial. Peut-être va-t-on voir les parties recourir, de manière excessive, aux des baux de courte durée plutôt qu'aux baux commerciaux, ce qui aura pour effet de précariser leur situation. En effet, puisque ne bénéficiant pas du statut des baux commerciaux, le locataire ne jouit d'aucun droit au renouvellement.

Le problème réside en fait, principalement, dans le fait que les locataires ne cernent pas toujours les enjeux de la distinction entre bail dérogatoire et bail commercial. Beaucoup d'entre eux ont l'impression de signer un véritable bail commercial et ne se doutent absolument pas qu'ils travaillent, dès lors, en se privant de la perspective du développement d'une activité, d'une clientèle et d'un fonds de commerce.

468. Ces deux mesures à elles seules peuvent placer le locataire dans une situation précaire. Mais d'autres peuvent également créer de nouvelles pratiques abusives sur la durée.

2- Les nouvelles pratiques abusives, source d'abus dans la persistance de la relation contractuelle

469. Hausse des loyers suite à la réforme. – Le premier exemple que nous citerons ne semble, à première vue, pas relatif à la durée du bail commercial. Pourtant, c'est bien la persistance de la relation commerciale qui va entraîner la hausse du loyer. Cet exemple nous permet de revenir sur l'obligation de prévoir, dans le contenu du contrat, la liste précise des catégories de charges imposées au locataire, en vertu de l'article R. 145-35 du code de commerce. Cet article, rappelons-le, privera également le bailleur de la possibilité de se décharger de la contribution économique territoriale, ou encore des honoraires de gestion des

¹³³⁵ Projet de loi n° 1338, relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, 20 août 2013, art. 1er.

¹³³⁶ Sainturat M.-L., « Les durées du bail commercial », Loyers et copr. n° 9, 2014

loyers. Cette impossibilité va créer un réel vide, une véritable diminution des revenus tirés de la location par le bailleur. Nous nous plaçons dans les circonstances d'un renouvellement du bail commercial postérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles règles de répartition des charges. Les parties doivent, dans ce contexte, opérer des modifications de leur contrat pour s'y conformer. C'est à ce moment précis que le bailleur, de son point de vue, peut ressentir un déséquilibre économique de son contrat. Il est, dès lors, fort à parier les propriétaires, dans leur grande majorité, qu'ils soient aidés ou conseillés juridiquement, vont chercher à user de tous les stratagèmes rédactionnels possibles pour combler ce manque financier.

C'est ce qu'il se passe déjà dans la pratique, ne serait-ce que sur la détermination du prix du loyer dans le contrat. En effet, deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, Madame Serror Fienberg constatait une hausse des loyers commerciaux¹³³⁷, celle-ci étant notamment expliquée par le fait que les experts chargés de déterminer les nouveaux loyers ne peuvent plus pratiquer d'abattement sur ceux-ci, dès lors que les charges anciennement transférées au locataire ne le sont plus. C'est également un effet « pervers » de la loi.

De plus, cette même obligation d'inventaire précis des charges privera, probablement, les parties d'un mécanisme de souplesse et d'automatisation des coût, à savoir celui déjà signalé du forfait de charges¹³³⁸. Il s'agissait pourtant, selon Madame Haas¹³³⁹, de la solution pour ne pas avoir à régulariser les charges, ce qui offrait donc une technique de régularisation simple. Mais, selon nous, cette technique ne sera en principe plus compatible avec les termes de la loi.

470. Généralisation des baux de plus de 9 ans. – Un autre exemple de perversion de la loi est potentiellement à constater avec les nouvelles dispositions relatives à la durée. Le locataire ne peut plus être forcé, contractuellement, par son bailleur à abandonner son droit de résiliation triennale. Cette mesure devrait, de manière large, renforcer la stabilité du locataire dans les locaux. Mais le législateur a prévu des exceptions, la principale consistant à prévoir un contrat d'une durée supérieure à la durée « standard » de neuf années. A ce titre, Madame Fienberg a également relevé la généralisation des baux supérieurs à neuf ans, ce qui démontre qu'à chaque fois que la loi Pinel prévoit une voie de sortie pour les bailleurs, ceux-ci, finalement bien conseillés, ne se privent pas de s'en servir.

¹³³⁷ Serror Fienberg M., Gagnaire B., « Baux commerciaux : deux ans d'existence de la loi Pinel », JA 2016, n°542, p.25

¹³³⁸ Supra n° 452

¹³³⁹ Haas P., *ibidem*

Monsieur Kendérian a très simplement expliqué¹³⁴⁰ pourquoi cette généralisation des baux de longue durée est constatée. Les bailleurs, qui ont investi en immobilier, en achetant le local et en mettant celui-ci en location, ont besoin de sécurité financière. En effet, accepter les contrariétés causées par ce type de location, à savoir les impératifs de travaux et de remise en état dictés par l'obligation de délivrance, justifie à minima l'assurance que le locataire ne parte pas moins de deux ans après leur réalisation.

Cela devient même une arme de choix, une force de négociation, par laquelle le bailleur dans ses négociations avec son futur locataire commercial, conditionnera le financement des travaux de mise en conformité avec l'activité de destination, par l'acceptation du locataire d'un bail ferme de douze ans. Par cette acceptation, le locataire ne se privera pas uniquement de son droit de résiliation triennale, mais également du plafonnement du loyer lorsqu'il s'agira de renouveler le bail commercial.

471. La liberté contractuelle permettant aux bailleurs de passer outre les nouvelles mesures de la loi Pinel. – Outre le recours aux baux de longue durée, d'autres moyens d'écarter le plafonnement, et donc évidemment le lissage du déplafonnement, existent et se multiplieront également¹³⁴¹. Ce sera l'occasion de voir que la liberté contractuelle, finalement, est toujours présente et autorisée dans la pratique des baux commerciaux. Grâce à celle-ci, les bailleurs prévoiront dans leur contrat une clause de loyer variable suffisante à écarter le plafonnement, ou une clause anticipative de fixation du nouveau loyer intervenant au moment du renouvellement du contrat, suffisante, elle, à écarter le plafonnement du déplafonnement. La jurisprudence de la Cour de cassation considère que les articles encadrant la fixation du loyer renouvelé ne sont pas d'ordre public. Dès lors, ces clauses ont beau avoir l'air abusives, elles restent valables¹³⁴².

472. Une réforme motivant, négativement, les bailleurs. – Comme Monsieur Brignon, au vu de toutes ces dérives, on peut légitimement se poser la question de savoir si les objectifs de la loi Pinel sont remplis¹³⁴³. « *La loi Pinel aurait mérité d'être davantage réfléchie pour parvenir à réellement rééquilibrer les baux commerciaux* »¹³⁴⁴ : nous acquiesçons. La première

¹³⁴⁰ Kendérian F., *ibidem*

¹³⁴¹ Legrix de la Salle S. « Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux », JCP E 2014, 1371

¹³⁴² Cette clause de fixation par avance pourrait néanmoins être jugée abusive depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats : cf *supra* n°275

¹³⁴³ Brignon B., « 3 questions, La réforme des baux commerciaux par la loi Pinel : un an après », JCP E n° 22, 28 Mai 2015, 431

¹³⁴⁴ Kendérian F., *ibidem*

véritable refonte du statut depuis des décennies n'a pas comblé les demandes des principaux acteurs économiques.

Le principal point positif à souligner, nous l'avons fait au moment d'étudier les nouveaux indices légaux d'indexation¹³⁴⁵, est que les loyers parviennent enfin à se stabiliser. Cela n'a pas été le cas dans les trois premières années d'application, mais l'effet positif est désormais visible. Il est cependant à relativiser, dans la mesure où les parties continuent de recourir à l'ICC dans leurs indexations conventionnelles : elles sont parfaitement en droit le faire.

Les commerçants désiraient plus de stabilité, et les propriétaires plus de garanties financières. D'un côté, il nous apparaît juste de penser que la précarité n'est pas écartée et, de l'autre, que les bailleurs, plutôt que d'être rassurés dans un sens positif, sont encouragés à user et inventer de nouvelles pratiques abusives permettant de contourner les dispositions de la loi qui leur sembleraient trop préjudiciables.

473. Multiplication des clauses abusives, réforme du droit des contrats – Dans ce cas, « *faut-il rééquilibrer davantage les baux commerciaux* »¹³⁴⁶ ? Penser le droit des baux commerciaux comme un simple droit spécial n'a semble-t-il pas permis de rééquilibrer ces derniers. Le législateur, n'a peut-être pas suffisamment mesuré qu'il est un domaine en France en pleine expansion et regorgeant constamment d'innovation : le développement et la création de nouvelles clauses abusives échappant aux réformes récentes. Les praticiens ont montré toute leur capacité à s'adapter aux réformes du gouvernement.

Dès lors, une nouvelle problématique pourrait jaillir du constat suivant : la loi Pinel a cherché à sanctionner les pratiques abusives déséquilibrant les baux commerciaux. La pratique a aussitôt développé de nouvelles clauses abusives que les mécanismes issus de la loi Pinel ne semblent plus pouvoir combattre. Aussi, pourquoi ne pas chercher un autre moyen de rééquilibrer le bail commercial ? La réflexion a été amorcée en première partie de thèse¹³⁴⁷. C'est dans ce nouveau terrain, principalement, que la notion de déséquilibre significatif va être pertinente pour lutter contre le déséquilibre du bail commercial¹³⁴⁸.

¹³⁴⁵ Supra n° 264

¹³⁴⁶ Auque F. « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

¹³⁴⁷ Supra n° 326 et s.

¹³⁴⁸ En ce sens, Auque F., *ibidem*

SECTION 2 - LA LUTTE CONTRE LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL

474. Il semble qu'une nouvelle réflexion doive être menée, s'agissant de l'équilibre des baux commerciaux, au lendemain de l'ordonnance de 2016, ratifiée en 2018, réformant le droit des obligations. En effet, jusqu'à présent, et malgré l'intervention de la loi Pinel en 2014, l'encadrement des relations bailleurs-preneurs, en comparaison de ce qu'il est fait en matière de bail d'habitation, reste modéré. Prévoyant des exceptions au sein des articles qu'elle crée, loi Pinel a, semble-t-il, entraîné malgré elle le développement de nouvelles pratiques et clauses abusives dans la pratique des baux commerciaux.

475. Le nouvel article 1171 du code civil, combattant les clauses abusives par la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, trouvera à s'appliquer, notamment dans les centres commerciaux. Le bail commercial est, depuis de nombreuses années, considéré comme étant un contrat d'adhésion. Cette qualification a énormément de conséquences dans la mesure où elle permettra à l'avenir d'offrir la possibilité au juge de sanctionner toute clause abusive par le réputé non écrit. On pourrait, néanmoins, se demander si ce changement constitue réellement une révolution dans la mesure où, en matière de bail commercial, le juge a finalement toujours été « *garant* »¹³⁴⁹ de l'équilibre de ce contrat (*Paragraphe 1*). Mais il est vrai que le nouveau déséquilibre significatif du code civil pourrait bien renforcer le contrôle des clauses déséquilibrant le bail commercial (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1- L'intérêt du nouveau déséquilibre significatif et le rôle du juge de « garant de l'équilibre »

476. Chronologiquement, bien avant la nouvelle réforme du droit des contrats, le déséquilibre contractuel des baux commerciaux était combattu par les juridictions, à l'aide du fameux principe de l'interprétation restrictive en faveur du locataire (**A**). Par la suite, et c'est bien là que ladite réforme va pouvoir trouver un « atome crochu » avec le droit des baux commerciaux, nous avons assisté à « l'avènement du réputé non écrit » au sein de ce droit spécial (**B**).

¹³⁴⁹ Garbit P., « Baux commerciaux et bonne foi », RLDA n° 66, décembre 2003

A) L'approche historique du juge dans la lutte contre le déséquilibre du bail commercial

Le juge, historiquement, lorsqu'il s'agit de contrôler l'équilibre du bail commercial, adopte une interprétation restrictive (1) qui est également considérée comme étant en faveur du locataire (2).

1- L'interprétation restrictive du juge : « *le contrat rien que le contrat* »¹³⁵⁰

477. Pour apprécier la bonne répartition des obligations entre le bailleur et le preneur, le juge a développé, au fil des années, une jurisprudence fondée sur le principe suivant : « *en droit, ce qui n'est pas expressément et précisément prévu par le contrat n'est pas dû* »¹³⁵¹. Cette jurisprudence est constante¹³⁵².

478. Le seul caractère restrictif de l'appréciation. – Rappelons qu'avant la loi Pinel, le principe, concernant notamment le transfert des charges à telle ou telle partie, était celui de la liberté contractuelle. Toutefois, le tempérament à ce principe était apporté par l'interprétation restrictive du juge. L'exemple classique était évidemment celui de la taxe foncière que le bailleur peut, parfois, réclamer au preneur alors que les termes du contrat, beaucoup trop généraux, ne font pas précisément référence à la taxe foncière. Dans pareille situation, le bailleur n'est pas en mesure de réclamer le remboursement de cette somme à son preneur et ce, même si les usages de l'activité commerciale concernée poussent régulièrement le locataire à payer ladite taxe¹³⁵³.

En vertu de cette jurisprudence, le juge sanctionnait, déjà, très régulièrement tout transfert d'obligation au locataire, lorsque les termes du contrat ne sont pas suffisamment précis. Si bien que l'on a vu se développer une jurisprudence en vertu de laquelle le bailleur ne parvenait même jamais à justifier le transfert d'une charge paraissant, pourtant, logiquement profiter au seul locataire. A titre d'exemple, citons la taxe d'enlèvement des ordures que le droit des baux d'habitation à titre de comparaison présume, en dépit de toute stipulation claire et contraire, à la charge du locataire.

¹³⁵⁰ Valazza S., « Bail commercial : qui doit payer les charges ? Le contrat, rien que le contrat », ed. tissot, 11 déc. 2012

¹³⁵¹ Barbier J.-D., « Centres commerciaux, relou le re-looking », GP n°09, mars 2016, p. 63

¹³⁵² Cass. civ. 3e, 27 juin 2001, pourvoi n°99-19007, publié au Bulletin ; Cass. civ. 3e, 13 juin 2012, pourvoi n°11-17114, Bull. 2012, III, n° 92 ; Cass. civ 3e, 18 nov 98, pourvoi n°96-19556, inédit

¹³⁵³ Cass. civ. 3^e, 26 mars 2013, pourvoi n° 11-24.311, inédit

479. Recherche des clauses abusives. – En vertu de la jurisprudence bâtie sur l'interprétation restrictive du juge, « *en l'absence de clause expresse, les charges et prestations exorbitantes incombant normalement au propriétaire ne sauraient être répercutées sur les locataires* »¹³⁵⁴. Au vu de la sévérité de cette appréciation, comme le soulignent souvent les auteurs, « *en réalité, il y a bien longtemps que le juge est parti à la chasse des clauses abusives. Non pas en s'attaquant directement au contenu du contrat, puisque la Cour de cassation le lui interdit, mais en utilisant les moyens du bord* »¹³⁵⁵.

Fondant parfois ses décisions sur l'obligation de délivrance de l'article 1719 du code civil¹³⁵⁶, le juge a toujours cherché à vérifier si l'équilibre du contrat de bail commercial était réel et si les obligations mises à la charge du locataire n'étaient pas excessives, en comparaison des droits qu'il tirait de son bail. Le juge s'adonne, ainsi, à l'appréciation des stipulations de la convention, sans pour autant chercher à en soustraire tout ce qui n'était pas précisément rédigé, mais qui aurait pu, pourtant, être implicitement convenu entre les parties.

Autrement dit, le juge s'en tient à cette appréciation restrictive. Si, selon certains auteurs, celle-ci « *s'impose d'autant plus en présence d'un bail qui n'est qu'un contrat d'adhésion, rédigé par le bailleur lui-même* »¹³⁵⁷, il s'agit maintenant de s'interroger sur le maintien possible de cette jurisprudence, après l'entrée en vigueur des dernières réformes cherchant à protéger celui qui adhère au contrat.

2- L'interprétation « en faveur » du locataire commercial : une jurisprudence conservée ?

480. Comme « *le doute profite à celui qui s'engage* »¹³⁵⁸, c'est-à-dire à l'adhérent, s'agissant des baux commerciaux (a), il a pu être relevé que le fait d'édicter une nouvelle règle « en défaveur de celui-ci qui propose » (b) pourrait finalement conduire à ne pas révolutionner les solutions actuelles.

a- Les anciennes règles profitant déjà à « l'adhérent » dans le bail commercial

481. Le doute profitait déjà à l'adhérent. – Pour certains¹³⁵⁹, le fait que le contrat d'adhésion s'apprécie désormais contre celui qui l'a proposé, ne change rien pour les baux

¹³⁵⁴ Barbier, *ibidem*

¹³⁵⁵ Auque F., « Retour du juge par la loi ? », AJDI 2016, 184

¹³⁵⁶ Supra n° 138

¹³⁵⁷ Barbier J.-D., *ibidem*

¹³⁵⁸ D'Antin E., « Le doute profite à celui qui s'engage », Déc. Mag., 26 nov. 2015

¹³⁵⁹ Barbier J.-D., *ibidem*

commerciaux. En effet, la jurisprudence interprète déjà les clauses en faveur du locataire qui se trouverait être, la majeure partie du temps, l'adhérent. Le juge, dès lors que la rédaction d'une clause semblait ambiguë, mal rédigée, ou à double sens, intervenait pour lui conférer un sens favorable au preneur, soit en se basant sur la volonté du bailleur et du locataire, soit en comblant les manques du contrat. Dans ce deuxième cas de figure, le juge prenait alors la casquette de créateur, s'éloignant souvent de la volonté des cocontractants, sous couvert de respect du statut, de l'équilibre, voire des usages.

Il faisait, en fait, application de l'ancien article 1162 du code civil qui prévoyait avant sa réécriture par l'ordonnance du droit des contrats en 2016 que, « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* »¹³⁶⁰. Ce texte s'appliquait aux baux commerciaux puisque, en tant que fondement parmi d'autres du droit des obligations, celui-ci trouvait application dans de nombreux domaines, tels que l'assurance ou l'immobilier. Cette règle figure également en droit de la consommation, à l'article L. 133-2 du code de la consommation, même si dans cette matière le doute profite au consommateur ou au non-professionnel. En droit des baux commerciaux le doute semble, souvent, plutôt profiter au professionnel qu'est le locataire commerçant.

482. De nombreuses clauses déjà sanctionnées. – Pour les baux commerciaux cette jurisprudence constituait une arme très efficace contre la pratique du « bail triple net ». En effet, « *en présence d'une clause exorbitante du droit commun mettant à la charge du preneur ce qui normalement devrait être réglé par le bailleur, il y a lieu, en cas de désaccord entre les parties, de donner une interprétation stricte à ladite clause, en faveur de celui qui s'y oblige, conformément à l'article 1162 du code civil* »¹³⁶¹.

Le juge considérait, par exemple, que les frais de ravalement de façade ne pouvaient être laissés à la charge du preneur que dans le cas où les prescriptions administratives le commandaient¹³⁶², ou que « *la clause, mettant à la charge du preneur les grosses réparations et celles de la toiture, n'exonér(ait) pas le bailleur de la réfection de cette dernière dès lors qu'elle (était) totale* »¹³⁶³, ou encore que la taxe relative aux frais de bureaux ne devait pas être supportée par le locataire, même en présence d'une clause transférant toutes les taxes personnelles et professionnelles¹³⁶⁴.

¹³⁶⁰ C. civ. Art. 1162, Version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016

¹³⁶¹ CA Versailles, 15 janv. 1998, n° 9120/96 : D. aff. 1998, p. 463.

¹³⁶² Cass. civ. 3^e, 10 mai 2001, pourvoi n° 96-22442 ; Cass. civ. 3^e, 16 mai 2000, pourvoi n° 98-20555

¹³⁶³ Cass. civ. 3^e, 10 mai 1991, pourvoi n° 89-18165 ; Cass. civ. 3^e, 21 janv. 2014, pourvoi n° 12-25760.

¹³⁶⁴ CA Paris, 16^e ch. sect. A, 21 novembre 1995, n° 93/27475

483. Des limites apportées par le droit commun. – L'équilibre des décisions était assuré, dans la mesure où le juge apportait également des limites à ce principe, pouvant être perçu comme trop favorable au locataire, appliquant ainsi d'autres règles de droit commun telles que l'erreur du preneur sur la substance¹³⁶⁵, ou le dol¹³⁶⁶.

484. Il semble que la suppression de l'article 1162, par la réforme du droit des obligations de 2016, ne remettre pas en cause son principe.

b- Nouvelles règles proposant l'interprétation, équivalente, en défaveur de « celui qui propose »

485. Remplacement idéologique de l'article 1162 par l'article 1190 – Le nouvel article 1190 du code civil, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février, prévoit désormais que, « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». Finalement, on le voit bien, cette nouvelle disposition est inspirée directement du principe précédemment défini. La différence est assez fine dans la mesure où le code civil opère dorénavant une simple distinction entre le contrat dit de gré à gré, et le contrat d'adhésion.

Ainsi, la loi poussera le juge à adapter son interprétation des clauses en fonction de la position des parties. Que ce soit dans le contrat de gré à gré, ou dans le contrat d'adhésion, le juge interprétera en défaveur de la partie dominante, à savoir soit le créancier, soit la partie qui propose le contrat.

486. Un pont entre l'ancienne jurisprudence et l'article 1171 ? – Le nouvel article 1190 du code civil fait référence au contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion est, pour rappel, désormais défini par l'article 1110 du code civil comme étant « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». La qualification de « contrat d'adhésion » joue, quant à elle, le rôle de condition requise à l'application de l'article 1171 du code civil, sanctionnant les clauses abusives créant un déséquilibre significatif.

Au vu de l'utilisation d'un terme commun, à savoir celui du « contrat d'adhésion », nous pourrions nous interroger sur la pertinence de voir un « lien » possible entre l'article 1190 et

¹³⁶⁵ Concernant la valeur totale des charges transférées au vu des documents fournis par les parties : Cass. civ. 3^e, 13 juin 2001, pourvoi n° 99-18676

¹³⁶⁶ Concernant une mauvaise évaluation dans l'estimation prévisionnelle des coûts réels : Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-17201

ces deux derniers articles. L'intérêt serait, non pas de considérer qu'une clause abusive doive être appréciée restrictivement en application de la jurisprudence ancienne, cela aurait peu d'intérêt, mais, dans un sens inverse, d'imaginer qu'une clause imprécise puisse être présumée abusive. En effet, par le passé, en droit de la consommation, la Cour de cassation interprétant une clause litigieuse, avait déduit la qualification de « clause abusive » de sa seule ambiguïté¹³⁶⁷.

487. Malgré la cyclicité de certains principes, nous ne pouvons faire aucune déduction en la matière, en nous basant uniquement sur le droit ancien. Il existe en revanche un « pont » entre le statut des baux commerciaux, et le nouveau droit commun des contrats, à savoir la sanction des clauses abusives par le réputé non écrit.

B) L'avènement du réputé non écrit dans le droit des baux commerciaux

488. La nouvelle sanction du réputé écrit a déjà été abordée dans la première partie de cette thèse, en tant que renforcement de l'ordre public du statut des baux commerciaux¹³⁶⁸. Il s'agit ici d'étudier la place du réputé non écrit dans ledit statut (1), ainsi que l'utilisation que le juge peut en faire en pratique (2), toujours avec l'idée d'aborder la problématique de l'équilibre du bail commercial sous l'angle du contrat.

1- La place du réputé non écrit dans le statut des baux commerciaux

489. Insertion récente du réputé non écrit dans le statut. – La règle du réputé non écrit est présente, tout d'abord, au sein de l'article L. 145-15 du code de commerce, selon lequel *« sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54 »*.

Elle figure également à l'article L145-16, alinéa 1 selon lequel *« sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise »*.

¹³⁶⁷ Cass, civ., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-13.395, Bull. 2001 I N° 181 p. 116 : il était question d'une clause limitative de responsabilité

¹³⁶⁸ Supra n° 44

Ces deux articles ont été modifiés par loi Pinel qui remplace, ainsi, la règle de la nullité par celle du réputé non-écrit. L'enjeu de ce remplacement est celui de la fin de la prescription courte de deux ans qui ne permettait pas à un locataire de faire sanctionner une stipulation illicite, lorsqu'il s'en rendait réellement compte.

490. Insertion intervenue à la suite de crispations pratiques. – Pour illustrer cette impossibilité, les auteurs¹³⁶⁹ relevaient les premières crispations, apparues au lendemain d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 23 janvier 2008¹³⁷⁰, arrêt dit « La poste ». Dans cette affaire, il était question d'un bail commercial comportant une clause contraire aux règles relatives au droit au renouvellement du locataire.

Cette clause avait été insérée dans le contrat, douze ans auparavant. Mais la cour d'appel n'avait pas choisi de faire application de la prescription biennale, et réputa non-écrite ladite stipulation, ceci de manière assez audacieuse comme le relevèrent certains auteurs¹³⁷¹, puisque cela allait à l'encontre de toutes les règles en vigueur (de prescription et de nullité). Cependant, la Cour de cassation sanctionna cette décision et fit application de la nullité ainsi, logiquement, que de sa prescription plus courte.

Les commentaires doctrinaux qui s'en suivirent furent infiniment critiques et ceux-ci appelèrent à la réforme de la prescription en matière de bail commercial¹³⁷². Assez rapidement, on constata qu'une jurisprudence « luttant » contre la prescription biennale commença à s'organiser¹³⁷³. Rappelons ce que nous avons déjà pu affirmer dans cette thèse : une clause litigieuse peut n'avoir « *une incidence que 10 ou 12 ans plus tard... Ce faisant, l'ordre public statutaire avait largement perdu en effectivité* »¹³⁷⁴.

Il apparaissait normal que la loi Pinel mette un terme à cette incohérence, et consacre légalement le réputé non-écrit dans le statut des baux commerciaux.

491. Imprescriptibilité relative ? – Certains auteurs¹³⁷⁵ considèrent, néanmoins, que le réputé non-écrit n'emporte pas imprescriptibilité totale, dans la mesure où l'intervention du

¹³⁶⁹ Planckeel F., « Le temps du prescrit et le temps du non-écrit », Loyers et copr. n° 3, mars 2017

¹³⁷⁰ Cass. civ. 3e, 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-19.129, Bull. civ. III, n° 11

¹³⁷¹ Kenfack H., note sous Cass. civ. 3e, 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-19.129, JCP G n° 12, 2009 ; Auque F., JCP G 2008, 10083

¹³⁷² Auque F., « Réforme de la prescription et droit des baux commerciaux », AJDI 2009, 11 mai 2009, 344

¹³⁷³ Lavric S., « Panorama d'actualité des baux commerciaux », DP, 17 mars 2009

¹³⁷⁴ Planckeel F., ibidem

¹³⁷⁵ Posez A., « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », D. 2014, p. 2119

juge est toujours obligatoire pour sanctionner la clause litigieuse. Dès lors, ce serait finalement de la prescription de l'action en justice dont il serait question. A ce titre, rappelons que l'article L. 145-60 du code de commerce pose, toujours, le principe de la prescription biennale des actions procédurales nées des règles du statut.

Nous ne partageons pas ce dernier avis. L'erreur rédactionnelle du législateur a, certes, pu créer un doute quant à l'articulation des règles. Néanmoins, il ressort assez clairement des textes que l'intention du législateur est bien de mettre fin à la rapide prescription, pour ce qui est du contenu du contrat en tout cas.

492. Imprescriptibilité, facteur d'équilibre dans le contenu du bail. –

L'imprescriptibilité permet véritablement de rééquilibrer les relations conventionnelles entre bailleur et preneur, sur certains points. Nous pouvons constater à quel point la négociation des clauses, que ce soit au moment de la signature du bail initial ou du renouvellement du bail commercial, a une certaine tendance « automatique » à pencher du côté du plus fort. Or, désormais dans la négociation, le fait que le bailleur use de sa « force de persuasion », afin d'imposer certaines clauses, n'aura plus autant de conséquences néfastes à l'équilibre des relations, dans la mesure où celles-ci, étant illicites, pourront en dépit de toute prescription, toujours être réputés non-écrites.

493. Le locataire n'a plus à se focaliser sur ces clauses, lors de la négociation. – Avant de signer le bail commercial, le preneur peut désormais signifier très clairement à son bailleur qu'une clause serait jugée illicite et que ce dernier a tout intérêt à ne pas la faire figurer dans le contrat. Il peut encore, même si cela peut être considéré comme une manœuvre de mauvaise foi, faire le choix de ne pas s'opposer à ce que la clause litigieuse figure dans le bail, en sachant parfaitement que la clause sera inapplicable, et préférer renégocier les clauses lui étant défavorables qui, elles, pourront l'être.

A titre d'exemple, la clause conventionnelle très connue selon laquelle l'indexation du loyer ne pourrait jouer qu'à la hausse est désormais jugée non écrite pas la Cour de cassation, depuis un arrêt de 2016 ayant fait date¹³⁷⁶ et s'expliquant par le fait « *la réciprocité de la variation légitime*

¹³⁷⁶ Cass. civ. 3e, 14 janv. 2016, pourvoi n° 14-24.681, Publié au Bull., JurisData n° 2016-000240 : « *Une clause d'indexation « qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse est nulle et [...] la cour d'appel, [vu] le caractère essentiel de l'exclusion [...] a pu en déduire que la clause devait être réputée non écrite »*

la clause d'indexation »¹³⁷⁷. Cet arrêt, très commenté¹³⁷⁸, a conduit certains auteurs, pour la première fois, à affirmer que l'on « s'achemine ainsi vers une généralisation du réputé non écrit dans les baux commerciaux »¹³⁷⁹.

494. Nouvel enjeu derrière le réputé non-écrit de la loi Pinel. – Nous le verrons par la suite¹³⁸⁰, la réforme du droit des contrats de 2016 a également fait du réputé non-écrit la sanction applicable au déséquilibre significatif, d'une part, et aux clauses enlevant la substance d'une obligation essentielle des cocontractants, d'autre part. Ces deux mécanismes ont probablement vocation à s'appliquer aux baux commerciaux. Dès lors, on peut le dire sans doute aucun, nous assistons bel et bien à l'avènement du réputé non-écrit dans le droit des baux commerciaux.

495. Application dans le temps du réputé non écrit. – Il reste quelques doutes quant à l'application dans le temps du réputé non-écrit puisque la loi Pinel est restée silencieuse sur cette question. Ce qui ne fait pas de doute, c'est que le réputé non-écrit sanctionne toutes les clauses illicites, conclues ou renouvelées après l'entrée en vigueur de la loi, soit depuis le 20 juin 2014. Ces clauses ne présentent aucun risque de prescription.

Quant aux clauses figurant dans les baux en cours au moment de l'entrée en vigueur, la Cour de cassation s'est chargée de poser quelques règles. La première est la suivante : la loi nouvelle, n'a pas d'effet rétroactif et ne peut pas avoir d'effet sur les procédures démarrées avant cette date d'entrée en vigueur¹³⁸¹. Le principe de la non-rétroactivité doit, cependant, être très largement nuancé. En effet, on ne connaît pas encore exactement les effets, ou les non-effets, de la loi nouvelle sur les baux en cours, hors cas de procédure ouverte.

Un arrêt de cour d'appel a, à ce titre, retenu l'attention¹³⁸². Cet arrêt rappelle qu'il ne faut pas confondre rétroactivité et application aux effets futurs du contrat. En effet, selon Monsieur Brault, « il ressort de la jurisprudence que les effets légaux d'un contrat sont régis par la loi nouvelle »¹³⁸³. Certains auteurs ont, à la lecture de cet arrêt, pu admettre l'application de la loi

¹³⁷⁷ En ce sens Dumont-Lefrand M.-P., « QPC sur la clause d'indexation uniquement à la hausse », AJDI 2018, 598

¹³⁷⁸ Planckeel F., « Principe d'illicéité de la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse », AJDI 2016, 31 mai 2016, 365

Rouquet Y., « Nullité de la clause d'échelle mobile ne jouant qu'à la hausse », D., 2016, 20 janvier 2016, p. 199

Monéger J., obs. sur Cass. civ. 3e, 14 janv. 2016, pourvoi n° 14-24.681, RTD com. 2016. 56

¹³⁷⁹ Planckeel F., « Le temps du prescrit et le temps du non-écrit », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 3

¹³⁸⁰ Infra n° 502

¹³⁸¹ Cass. civ. 3e, 22 juin 2017, pourvoi n° 16-15.010, publié au Bulletin

¹³⁸² CA, Paris 10^{er} 2016 n°13/23690

¹³⁸³ Brault C.-E., « Décisions récentes », GP n° Spécial Droit Des Baux Commerciaux, 22 Novembre 2015

nouvelle aux baux en cours, en conditionnant celle-ci au fait que la prescription de deux ans n'était toujours pas acquise¹³⁸⁴.

496. Audit des baux commerciaux, recherche des clauses litigieuses. – Enfin, certains auteurs comme Philippe-Hubert Brault, se sont posés la question de savoir quelles clauses, à l'orée d'un renouvellement de bail commercial, susceptibles d'être réputées non écrites, devaient être auditées en premier lieu par les parties. Selon ce dernier, il s'agirait principalement « *des charges dites récupérables (...), des taxes ou impôts récupérables (...), des obligations d'entretien ou remplacement incombant à l'une ou l'autre des parties avec l'incidence de la vétusté (...), des travaux de mise en conformité (...), de même que l'incidence de travaux d'embellissement (...), des clauses prévoyant la garantie due en cas de cession pendant toute la durée du bail* »¹³⁸⁵. Rappelons que le flou entourant l'obligation d'inventaire des catégories charges doit particulièrement attirer l'intention des cocontractants. Il s'agirait, une fois encore, d'être très précis et exhaustif en dépit de l'absence de sanction prévue par la loi Pinel.

497. Le réputé non-écrit doit, enfin, être envisagé, toujours de manière pratique, par rapport à l'intervention du juge sur le contenu du contrat : « *le juge peut-il relever d'office le caractère non écrit d'une clause ? (...) Où s'arrête l'effacement de l'illicite ?* »¹³⁸⁶. Telles sont encore les questions que les praticiens se posent actuellement.

2- L'utilisation du nouveau réputé non-écrit statutaire par le juge

498. Liberté d'action du juge ? – L'utilisation que le juge peut faire du réputé non écrit pose question. On peut, tout d'abord, s'interroger sur l'étendue de cette sanction, afin de savoir à quelles clauses le juge a le droit de l'appliquer. Rappelons que la nullité n'a pas été totalement supprimée du code de commerce. Dès lors, on pourrait se demander si le juge est en droit de déclarer une clause non-écrite alors que la classification (la numérotation) du code de commerce la sanctionnerait, en principe, par la nullité. Selon Monsieur Planckeel, cela serait possible dans la mesure où le législateur a mal réorganisé le code de commerce, à la suite de la loi Pinel. Selon lui, ce n'est que « *par omission, de manière purement fortuite, que le législateur n'a pas révisé la liste de l'article L. 145-15 afin d'y intégrer les nouveaux articles L. 145-16-1, L. 145-*

¹³⁸⁴ cf Reygrobellet A., « Nouvelles dispositions pour le BC : quelles entrées en vigueur ? », JCP E 2014, 1262

¹³⁸⁵ Brault P.H., « Sur la pérennité des clauses et conditions générales du bail échu en cas de renouvellement sous l'empire des dispositions de la loi Pinel », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 2

¹³⁸⁶ Confino A., « Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel », AJDI 2015, p.407

16-2 et L. 145-46-1 (...). La tournure n'est pas restrictive »¹³⁸⁷. Le juge aurait, en conséquence, toute liberté pour juger impérative toute disposition qui encadrerait les relations contractuelles ou imposerait un certain comportement aux cocontractants.

499. Pour d'autres auteurs, comme Monsieur Confino, le fait de voir appliquer le réputé non-écrit au lissage du déplaçonnement, et même à des « *aménagements plus favorables au preneur* »¹³⁸⁸ tels que des délais moins restrictifs que ceux prévus dans le statut, semble dénué de raison. Pour l'auteur, tant que le texte ne le prévoit pas, le juge n'a pas à chercher la pertinence éventuelle d'une autre sanction que la nullité. Une exception serait, toutefois, à faire puisqu'une clause qui diminuerait l'obligation essentielle d'une partie jusqu'à la priver de cause doit en principe être jugée non-écrite¹³⁸⁹. La cause n'existe plus, certes, mais le même raisonnement semble tout à fait pouvoir perdurer avec la nouvelle notion de substance de l'obligation essentielle¹³⁹⁰.

500. Etendue du réputé non écrit – Pour en revenir à l'action du juge, la principale question est bien de savoir jusqu'où celui-ci peut aller dans son jugement et dans l'effacement de la clause litigieuse. Autrement dit, le juge doit-il réputé non-écrite la clause dans son intégralité, ou doit-il simplement apurer celle-ci en ne procédant qu'à une petite « rature » ? Madame Gaudemet apporte une réponse claire à cette question. Selon elle, « *un membre de phrase, un mot devraient pouvoir être analysés comme des clauses* » puisque « *les clauses formellement réputées non écrites le sont en considération de leur contenu* »¹³⁹¹.

Pourtant, la Cour de cassation ne semble pas considérer ce raisonnement assez clair, tant elle paraît hésitante dans sa manière de procéder, que ce soit en droit de la concurrence, dans la matière sociale¹³⁹², ou dans la matière commerciale¹³⁹³. En droit des baux commerciaux, les quelques jugements prononcés sur la question ne permettent pas non plus de dégager la moindre solution constante. Il a, en effet, déjà été admis la division d'une clause d'indexation¹³⁹⁴, tout comme il a aussi déjà été refusé de prononcer un réputé non-écrit partiel¹³⁹⁵, mais cela jamais avec la moindre explication ... Dès lors, aucune affirmation ne nous semble permise, si ce n'est

¹³⁸⁷ Planckeel F., « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », AJDI 2015. 11

¹³⁸⁸ Confino A., *ibidem*

¹³⁸⁹ Le faisant, il cite Gaudemet S., « La clause réputée non écrite », *Economica*, 2006

¹³⁹⁰ *Infra* n° 576 et s.

¹³⁹¹ Gaudemet S., « La clause réputée non écrite », *Economica*, 2006

¹³⁹² Barbier H., « Pas de réputé non écrit partiel ? », *RTD civ.* 2013, 836

¹³⁹³ Confino, *ibidem*

¹³⁹⁴ CA Paris Pôle 5 ch. 3, 2 juillet 2014, n° 12-14759

¹³⁹⁵ CA Versailles, 10 mars 2015, n° 13/08116

de rappeler qu'en application du seul statut des baux commerciaux le juge ne peut pas s'immiscer dans le contrat et réécrire la clause litigieuse. Le réputé non-écrit ne peut avoir pour effet, par l'effacement de la disposition, que de laisser s'appliquer les dispositions supplétives ou d'ordre public du statut. La loi Pinel n'avait, semble-t-il, pas souhaité aller plus loin que cela.

501. Réputé non écrit définitif ? – Enfin, une dernière réflexion semble devoir être menée sur le caractère définitif de la sanction du réputé non-écrit. Cela peut paraître étrange, mais un arrêt de la Cour de cassation, rendue à l'année 2018, a particulièrement attiré notre attention. Dans les faits, un bail commercial est cédé par un locataire placé en liquidation judiciaire. Le nouveau locataire céda à son tour le bail commercial à un nouveau locataire, lui aussi placé en liquidation judiciaire. Le bailleur, historique, assigne l'avant-dernier preneur en date, en sa qualité de cédant, pour loyers impayés, en application d'une clause de garantie solidaire figurant dans le contrat.

La difficulté ressort, alors, du fait qu'en application de l'article L. 641-12, alinéa 2, du code de commerce, la cession opérée par le liquidateur avait eu pour effet de réputer non écrite cette clause. En conséquence, il aurait pu être logique de considérer que le dernier locataire s'était vu transmettre un bail commercial dont la clause de garantie avait été « retirée ». Mais ce n'est pourtant pas ce que la Cour de cassation a décidé. Celle-ci redonne toute sa force et ses effets à la clause de garantie solidaire : *« Si l'article L. 641-12, alinéa 2, du code de commerce, qui autorise le liquidateur à céder le bail des locaux utilisés pour l'activité du débiteur, répute non écrite toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire, cette règle ne profite qu'au preneur en liquidation judiciaire de sorte qu'une telle clause retrouve son plein effet au profit du bailleur en cas de nouvelle cession du bail selon les modalités de droit commun »*¹³⁹⁶.

Quelle portée donner à cet arrêt ? On peut se demander si la solution aurait été la même si le réputé non-écrit avait été prononcé la première fois, hors procédure collective. Cette situation amène Monsieur Barbier à opérer une nouvelle distinction *« selon que la clause était simplement non écrite en puissance, ou qu'elle a déjà été déclarée non écrite par un juge »*¹³⁹⁷. Nous suivons cet avis et préférons penser que cette solution ne doit s'appliquer que dans la situation d'une cession opérée dans le cadre d'une procédure collective.

¹³⁹⁶ Cass. Com., 15 nov. 2017, pourvoi n° 16-19.131, publié au Bull.: obs. sur l'arrêt in Kenderian F., AJDI 2018, 259, et Delpech X., DA, 29 novembre 2017

¹³⁹⁷ Barbier H., « Quand une clause réputée non écrite redevient écrite à la faveur d'une cession de contrat », RTD civ. 2018, 116

Néanmoins, il pourrait être intéressant de prolonger la réflexion sur le terrain de l'équilibre subjectif du bail commercial. En effet, nous pourrions considérer qu'une clause n'est réputée non écrite qu'uniquement eu égard à l'équilibre de la relation en question. Autrement dit, nous pouvons nous interroger sur la possibilité qu'une clause réputée non écrite, mais figurant toujours bien textuellement dans le contrat de bail commercial, doive retrouver application dès lors que la relation n'est plus la même, ou qu'un acte de cession est intervenu, alors que les termes du contrat n'ont pas été modifiés.

La réflexion nous amènerait, dès lors, au-delà du seul contenu du contrat et nous permettrait d'appréhender l'équilibre en prenant en compte la dimension humaine du contrat de bail commercial. Mais il ne nous semble pas possible, en ce qui concerne l'arrêt précédent, d'imaginer que la Cour de cassation ait poussé l'analyse aussi loin, malgré le rôle toujours plus considérable que le droit semble vouloir confier au juge dans le rapport contractuel. En témoigne, d'ailleurs, la nouvelle sanction des clauses abusives prévue par le nouveau droit commun des contrats.

Paragraphe 2- L'apport de la sanction des clauses abusives dans le rééquilibrage conventionnel du bail commercial

502. Ordonnance de 2016, en complément de la réforme de 2014. – S'il était question en première partie de thèse de se demander si, oui ou non, le nouveau déséquilibre significatif pouvait concerner le bail commercial, ce n'est plus le cas en deuxième partie. La question se posait dans la mesure où, puisque le législateur utilisait « *la technique des droits sectoriels* » avec des règles « *qui ne visent pas un contrat spécifique, mais qui ont vocation à s'appliquer à un nombre indéfini de relations contractuelles* »¹³⁹⁸, il s'agissait évidemment de savoir si le bail commercial était concerné par le nouveau mécanisme. Fort des commentaires, des différents avis, voire de certaines décisions jurisprudentielles¹³⁹⁹, nous considérons que le nouvel article 1171 du code civil s'appliquera au contrat de bail commercial. Il poursuit quasiment le même objectif : la loi Pinel vise à rétablir l'équilibre entre les droits et obligations des bailleurs et de preneurs, et le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

¹³⁹⁸ Chantepie G., « La notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

¹³⁹⁹ On pense particulièrement au refus de la Cour de cassation d'appliquer le déséquilibre significatif du code de commerce au bail commercial, ce qui laisse selon nous la porte grande ouverte au droit commun.

Ainsi, l'article 1171 du code civil pourrait bien représenter « *l'équilibre contractuel que la loi de 2014 n'avait pas su trouver* »¹⁴⁰⁰ (B). Cela n'est guère surprenant tant l'on sait à quel point le nouvel article s'inspire du droit de la consommation, droit qui opérait déjà une certaine attraction sur le bail commercial (A).

A) L'attraction ancienne du droit de la consommation exercée sur le bail commercial

503. Premières applications. – Suite à l'adoption de l'ordonnance n°2005-1086 du 1^{er} septembre 2005, réformant le droit de la consommation, certains auteurs s'interrogeaient déjà sur la place de ce droit spécial dans le droit des baux commerciaux¹⁴⁰¹.

S'il n'était pas question, à cette époque, de sanctionner les clauses abusives, les juridictions montraient déjà toute leur hardiesse à accepter l'application de quelques règles de ce droit spécial à un contrat de bail commercial. Ainsi, en application du texte précédemment cité, la Cour de cassation qualifiait le fait de démarcher à domicile, pour proposer à des propriétaires d'immeuble de conclure un bail afin d'installer une antenne de réception téléphonique, de pratique abusive en vertu de l'article L. 121-21 du code de la consommation¹⁴⁰².

Un peu plus tôt, un arrêt de cour d'appel¹⁴⁰³ décidait, à juste titre, qu'un contrat de bail commercial concernant un local à usage d'entrepôt, restait un acte civil tant que l'activité commerciale n'avait pas débutée, ce qui le soumettait au droit de la consommation. Pour Monsieur Monéger, il est évident que « *le droit de la consommation doit recevoir application lorsque les strictes conditions posées à cet effet sont réunies* »¹⁴⁰⁴, ce qui reste cohérent dans la mesure où les immeubles sont concernés par le droit de la consommation¹⁴⁰⁵.

504. Refus passé de l'application du déséquilibre, justifié par la différence de sanctions des clauses. – Plus tard, en 2008, Madame Lardeux s'intéressait déjà à la possibilité d'appliquer la législation du droit de la consommation propre aux clauses abusives au bail commercial¹⁴⁰⁶, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation¹⁴⁰⁷ refusant ladite possibilité. L'auteur considère alors que « *cette affaire est révélatrice de l'attraction qu'exerce sur les juridictions du fond la*

¹⁴⁰⁰ Auque F., « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

¹⁴⁰¹ Monéger J., « L'emprise du droit de la consommation sur le droit des baux », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2005

¹⁴⁰² Cass. civ., 30 mars 2005, pourvoi n° 04-11.831, F-P+B, Bull. 2005 I N° 160 p. 136

¹⁴⁰³ CA Paris 16e ch. A, n° 03/02948, Mouy Ly c/ Sté GID

¹⁴⁰⁴ Monéger, ibidem

¹⁴⁰⁵ Monéger, ibidem : l'auteur rappelle que « *depuis une loi du 23 juin 1989, les immeubles comme les meubles sont visés par le droit de la consommation en matière de contrat* ».

¹⁴⁰⁶ Lardeux G., « Statut des baux commerciaux et clauses abusives », RDC n°3, juillet 2008, p. 834

¹⁴⁰⁷ Cass. civ. 3^e, 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-19129, Bull. civ. III, n° 11

théorie des clauses abusives malheureusement réservée aux seules relations professionnels-consommateurs », dans le domaine des baux commerciaux.

L'arrêt en question, déjà commenté dans cette thèse¹⁴⁰⁸, cassait la décision de la cour d'appel qui cherchait à appliquer l'imprescriptibilité du réputé non-écrit, plutôt que la nullité à une clause litigieuse. La Cour de cassation refusa, et appliqua strictement la prescription biennale. Ce qui est particulièrement intéressant, en l'espèce, c'est que la cour d'appel fonda sa décision sur l'article L. 132-1 du code de la consommation, en vertu duquel les clauses abusives étaient déjà réputées non écrites.

Outre le fait de considérer logique de sanctionner une décision dont la sanction était mal fondée, Madame Lardeux estimait louable de refuser l'entrée du déséquilibre significatif dans le droit des baux commerciaux au sein duquel les cas de figures sont toujours très différents. Selon l'auteur, « *les preneurs ne sont pas forcément en situation de faiblesse vis-à-vis des bailleurs, loin de là, ce qu'illustre au demeurant l'espèce présente : la Poste, locataire et personne morale dotée d'un service juridique propre, avait contracté avec une bailleresse, personne physique* »¹⁴⁰⁹. Peut-être aurait-elle un avis différent en ce qui concerne désormais le nouveau déséquilibre significatif issu du droit commun des contrats qui ne sanctionne pas forcément la partie forte.

505. Dix années ont passé, et le droit de la consommation, par l'intermédiaire du droit commun, a désormais réellement la possibilité d'influer sur le droit des baux commerciaux.

B) Le nouveau droit commun des contrats à l'assaut des clauses abusives du bail commercial

506. Sous influence du droit de la consommation (1), les nouveaux principes du code civil issus de la réforme du droit des obligations vont probablement s'appliquer aux baux commerciaux (2).

1- La sanction du déséquilibre significatif par le code civil, sous influence du droit de la consommation

507. Afin d'envisager les effets de ce nouveau déséquilibre significatif, il s'agit d'étudier les termes de la loi, c'est-à-dire les nouveaux articles du code civil (a), et de compléter cette

¹⁴⁰⁸ Supra n° 490

¹⁴⁰⁹ Lardeux, *ibidem*

étude par les enseignements tirés de l'application des déséquilibres significatifs du code de la consommation et du code de commerce (b).

a- Caractérisation du déséquilibre en fonction des termes de la loi

508. Rupture avec la tradition philosophique antérieure. – Depuis le 1^{er} octobre 2018, le premier alinéa de l'article 1171 du code civil est rédigé de la manière suivante : « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite* »¹⁴¹⁰.

Selon Monsieur Monéger, on assiste donc à une « *rupture complète avec la tradition philosophique, sur laquelle reposait le droit des contrats depuis le code civil et même avant* », et selon laquelle les parties étaient « *libres de déterminer leurs obligations respectives* »¹⁴¹¹. L'enjeu est désormais tout autre, puisqu'il s'agit de savoir quelle clause sera susceptible de créer un déséquilibre contractuel. La tâche est ardue tant la définition du déséquilibre significatif effectuée par le législateur reste encore assez vague.

509. Le loyer n'est pas directement concerné. – Nous relevons cependant une certitude : le second alinéa de 1171 continue d'écarter le prix de l'appréciation du déséquilibre. Le loyer du bail commercial ne devrait donc pas être directement concerné¹⁴¹².

510. Equilibre en question. – Selon le premier alinéa de 1171, le législateur rechercherait l'équilibre entre les droits et obligations. Mais selon Monsieur Monéger, il ne doit s'agir que de cela. L'auteur ne partage, en effet, pas l'avis de nombreux auteurs, pour qui l'équilibre doit être appréhendé « *par rapport aux attentes légitimes des parties* »¹⁴¹³. Ce pourrait s'avérer dangereux, dans la mesure où cela pousserait le juge à adopter une approche interprétative très, voire trop, subjective. Mais cela n'est, selon nous, pas forcément à exclure puisque nous le savons la réforme du droit des contrats a pour but, en renforçant les prérogatives du juge, d'inciter les parties à mieux rédiger leur convention.

511. Nécessité de rechercher les critères du déséquilibre de droit commun, en dehors du droit commun. – L'approche du déséquilibre selon laquelle celui-ci devrait être apprécié

¹⁴¹⁰ Houtcieff D., *ibidem*

¹⁴¹¹ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016, p.427

¹⁴¹² Il pourrait en revanche être concerné indirectement : cf *supra* n° 278

¹⁴¹³ Gratton L., « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016., 22

au vu de l'intégralité du contrat, donc de ses stipulations, paraît toutefois plus pertinente. Mais s'en contenter amènerait à relativiser l'impact du droit des obligations sur le contrat d'adhésion qu'est le bail commercial, notamment parce que celui-ci possède sa propre législation, en matière de clauses abusives, complétée par la jurisprudence étudiée précédemment. Dès lors, en l'absence de « notice d'utilisation » permettant de savoir si de nouvelles clauses du bail commercial pourraient se voir appliquer la sanction du réputé non-écrit du déséquilibre significatif, il semble falloir rechercher des éléments d'information en dehors du droit commun.

b- Caractérisation du déséquilibre en tirant les leçons de l'expérience du droit de la consommation, et de la jurisprudence commerciale

512. Les deux autres déséquilibres significatifs comme modèles pratiques potentiels. –

Ainsi, en l'état, le seul article 1171 du code civil ne nous permet pas d'identifier clairement les clauses potentiellement abusives. Mais sa proximité avec les deux autres cas de déséquilibres significatifs sanctionnés par le droit positif, à savoir particulièrement celui du code de la consommation, figurant à l'article L. 212-1 du code de la consommation et, outre mesure, avec celui du code de commerce, figurant à l'article L. 442-6 du code de commerce, doit nous permettre de tirer les enseignements nécessaires à une telle identification.

513. Appréciation du juge facilitée par les outils du droit de la consommation. – Tout comme le code civil, le code de la consommation ne donne pas de définition précise du déséquilibre significatif. En revanche, le juge voit son travail d'identification des clauses illicites faciliter par différents outils, dont il semble falloir s'inspirer. Ces outils, comme l'enseigne par exemple Madame Sauphanor-Brouillaud, résulte de la « *combinaison originale d'une définition de la clause abusive, dont la qualification revient au juge, d'une interdiction préventive d'une série de clauses répertoriées par le pouvoir réglementaire et de recommandations non contraignantes, par lesquelles la Commission des clauses abusives suggère la suppression de clauses dans un certain nombre de contrats types* »¹⁴¹⁴.

Ainsi, si le déséquilibre significatif du code civil résulte d'une définition du contrat d'adhésion, et d'une définition du déséquilibre, le déséquilibre du code de la consommation a, tout d'abord, la chance d'être accompagné d'une définition de la clause abusive. Nous considérons que les parlementaires, au moment de ratifier l'ordonnance de 2016, plutôt que de changer quelques

¹⁴¹⁴ Sauphanor-Brouillaud N., « Clauses abusives », Rep Civ. D., spéc. n°34 et s.

mots aux deux seules définitions figurant au sein du code civil, auraient pu insérer une définition similaire de la clause abusive.

Aussi, l'article L. 132-1 du code de la consommation nous enseigne que *« le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre »*.

514. Les listes noire et grise du code de la consommation. – Le juge a, avec le déséquilibre significatif du code de la consommation, beaucoup plus de certitudes. En outre, le législateur, par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, a souhaité lui accorder une aide supplémentaire dans l'identification des clauses abusives, en insérant au sein du code de la consommation un dispositif particulier composé de deux listes de clauses différentes dont il peut s'inspirer. Les deux listes en question sont connues sous le nom de « liste noire » et de « liste grise ».

La première, la liste noire, figure à l'article R. 212-1 du code de la consommation et énumère les différentes clauses abusives qui, selon l'article L. 212-1 du même code, *« eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées de manière irréfragable comme abusives »*¹⁴¹⁵. A titre d'exemple, ces clauses pourront être celles qui auront pour but de *« restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris »* ou encore de *« réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat »*, ou encore de *« contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécute pas ses obligations de délivrance »*.

La seconde, la liste grise, figure à l'article R. 212-2 du code de la consommation et énumère, quant à elle, les clauses abusives qui ne sont pas regardées comme abusives de manière irréfragables, mais sur lesquelles planent une présomption telle. Elles auront, par exemple, pour objet de *« prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté »*, ou de *« reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable »*.

¹⁴¹⁵ C. cons. Art. L. 212-1, modifié par l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

515. Appréciation du juge guidée par la jurisprudence du droit commercial. – Ainsi, le droit de la consommation nous apporte de précieux éléments, et des faisceaux d'indices nécessaires pour nous faire une première idée de ce que pourrait être une clause abusive, dans la rédaction du contrat de bail commercial. Il nous apparaît, désormais, nécessaire d'étudier, sous les recommandations de certains auteurs¹⁴¹⁶, la jurisprudence propre au déséquilibre significatif du code de commerce, très développée, afin d'envisager ce que pourrait être l'approche du juge à la lecture d'un contrat de bail commercial déséquilibré.

En effet, le déséquilibre commercialiste de l'article L. 442-6 présente l'intérêt d'avoir un fort point commun avec celui du code civil : même si l'article énumère, au fil de ses alinéas, différentes pratiques abusives, tel que le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »¹⁴¹⁷, pèse sur lui l'absence de définition de la clause abusive par le législateur. Dès lors, c'est bien le juge qui a dû assumer la charge de définir les critères d'identification des clauses abusives.

516. Le déséquilibre en étudiant les clauses à la lumière des autres. – Le premier principe dégagé par la jurisprudence commerciale consiste à apprécier le déséquilibre significatif, non pas en prenant en compte la rédaction d'une seule clause, mais en étudiant les clauses à la lumière des autres¹⁴¹⁸. C'est ainsi que le juge doit apprécier l'équilibre général de la convention. Par prolongement de ce raisonnement, une clause qui paraîtrait très en faveur d'une seule partie pourrait ne pas déséquilibrer le contrat, au vu d'une ou plusieurs autres clauses du contrat.

517. Le déséquilibre dans la globalité du contrat. – Par prolongement du précédent principe, la Cour de cassation considère que les clauses du contrat doivent être analysées selon la globalité générale du contrat, ce qui comprend la relation contractuelle de manière large. Ainsi un déséquilibre doit être « *pris dans sa globalité, et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu* »¹⁴¹⁹, « *peut résulter de l'accumulation de clauses parfaitement licites dont seuls le nombre ou le poids créeraient l'excès prohibé* »¹⁴²⁰, et doit également être étudié à la fois dans la formation et dans l'exécution du contrat¹⁴²¹. Dès lors, selon le juge commercial,

¹⁴¹⁶ Auque F. « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », *Loyers et copr.* n° 10, Octobre 2016

¹⁴¹⁷ C. com. Art. L. 442-6, al. 2

¹⁴¹⁸ Cass. com., 27 mai 2015, pourvoi n°14-11.387, Bull. 2015 n°5, IV, n°87

¹⁴¹⁹ Cass. com., 3 mars 2015, pourvoi n°13-27525, Bull. 2015, IV, n° 42

¹⁴²⁰ Tribunal de commerce d'Evry, 3e ch., 6 février 2013, RG n° 2009F00727

¹⁴²¹ CA Versailles, 27 oct. 2011, R.G. N° 10/05259

c'est bien la réciprocité des clauses dans le contrat qui doit amener la preuve d'un équilibre contractuel ou d'un déséquilibre significatif.

518. Source d'inspiration pour le déséquilibre du code civil. – L'analyse des principes dégagés, à la fois par les textes issus du droit de la consommation, et par la jurisprudence rendue en vertu des articles du code de commerce, nous paraît très intéressante, au regard des fortes similitudes entre les trois types de déséquilibre significatif existant, pour adopter une première approche de ce que pourrait être une clause abusive, selon le code civil, pour le droit des baux commerciaux. Nous pensons, d'ailleurs, que le juge s'inspirera, dans un premier temps, de tous ces principes. C'est l'opinion de Monsieur Barbier selon qui « *la jurisprudence qui se développera en matière de baux commerciaux peut s'inspirer de ces antécédents* »¹⁴²².

2- La transposition des principes au contrat de bail commercial

La transposition des principes étudiés précédemment va amener à remettre en cause la validité de certaines clauses. Nous choisissons d'étudier celles-ci, d'une part, lorsqu'elles sont insérées dans des baux commerciaux « classiques » (a) et, d'autre part, lorsqu'elles sont présentes dans les baux de centres commerciaux, eu égard à la spécificité propre à ceux-ci¹⁴²³ (b).

a- La remise en cause de certaines clauses dans les baux commerciaux

519. Nous ne revenons pas, ici, sur la question du prix déjà abordée dans la première partie¹⁴²⁴, puisqu'en principe le prix reste exclu du champ du déséquilibre significatif de code civil. Pourtant, encore une fois, « *la frontière entre objet et le prix du contrat d'un côté et de l'autre les clauses qui les entourent n'est pas chose aisée dans un contexte d'affaires* »¹⁴²⁵. Nous nous intéressons, ici, à d'autres clauses usuelles s'agissant des baux commerciaux.

520. Droit à réparation, manquement du bailleur à ses obligations. – Tout d'abord, comme le relèvent certains auteurs¹⁴²⁶, par transposition des principes issus du code de la consommation au bail commercial, les clauses abusives, qui auraient pour objet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* »¹⁴²⁷, pourraient tout à fait être les

¹⁴²² Barbier J.-D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », GP n°25, 5 juillet, p. 55

¹⁴²³ Dumont-Legrand M.-P., « La force créatrice de la jurisprudence en question ? », AJDI 2007. 353

¹⁴²⁴ Supra n° 274

¹⁴²⁵ Barbier H., « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », RTD civ. 2017, 383

¹⁴²⁶ Barbier J.-D., *ibidem*

¹⁴²⁷ C. cons. Art. R. 212-1, al. 6, Créé par le Décret n°2016-884 du 29 juin 2016

clauses limitatives de responsabilité rédigées en faveur du propriétaire des lieux¹⁴²⁸, par lesquelles, par exemple, « *le bailleur sera exonéré de toute responsabilité en ce qui concerne les infiltrations d'eau dans les locaux loués provenant des toits, des couvertures vitrées et des terrasses, des conduites d'eau et de vidange, du sol, des murs, de l'humidité, de la condensation ou de toute autre cause* »¹⁴²⁹.

521. Délais de préavis inéquitables. – La clause abusive en droit de la consommation ayant pour effet de « *soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel* »¹⁴³⁰, pourrait trouver son alter égo dans le droit des baux commerciaux avec la clause par laquelle le locataire accepterait un délai de préavis pour signifier son congé inférieur à la durée légale de six mois, alors que le bailleur continuerait de jouir dudit délai de six mois.

522. Droit à résiliation conditionné par le paiement d'une indemnité. – Enfin, si le droit de la consommation sanctionne les clauses qui amènent à « *subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel* »¹⁴³¹, le juge pourrait très bien juger déséquilibré un bail commercial, dans lequel figure une clause subordonnant la dénonciation du contrat par le preneur à l'expiration d'une période triennale, malgré le respect du préavis nécessaire, au paiement d'une indemnité au profit du bailleur. Rappelons que cette pratique était tout à fait légale, avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel. Il est donc fort probable que cette clause continue de figurer dans certains baux en cours.

523. Paiements non justifiés ou abusifs. – Ensuite, les principes issus de la jurisprudence commercialiste relative au déséquilibre significatif du code de commerce pourraient également amener à pointer du doigt certaines clauses figurant dans les baux commerciaux. En effet, cette jurisprudence sanctionne les contrats contraignant les fournisseurs au paiement mensuel d'un acompte ou d'une avance par différé, les contrats ne laissant pas d'autre moyen de paiement possible que le virement, ou ceux prévoyant des taux de pénalité abusifs¹⁴³².

¹⁴²⁸ Auboyer-Treuille R., « Bail Commercial : Précisions Sur Les Clauses Limitatives Ou Exclusives De Responsabilité », *Villages justice*, 30 nov. 2009

¹⁴²⁹ CA Paris, 18 déc. 2014, n° 13/15895

¹⁴³⁰ C. cons. Art. R. 212-1, al. 10, Créé par le Décret n°2016-884 du 29 juin 2016

¹⁴³¹ Ibidem

¹⁴³² Sénéchal J. note sous TGI Lille 6 janvier 2010, D. 2010, p.1000

Dès lors, par comparaison, seraient potentiellement jugés déséquilibrés les baux commerciaux prévoyant des provisions sur charges, déconnectées des charges prévues au sein du contrat, et sans qu'aucun engagement n'ait eu lieu auparavant. Le seraient également les baux donnant la possibilité au bailleur de se rembourser, sans autorisation, par prélèvement sur le compte du locataire les différentes sommes relatives aux charges locatives.

524. Clauses sans réciprocité. – Pour Monsieur Mekki, il est encore possible de relever « *les clauses accordant le pouvoir de modifier ou de transférer la chose louée sans l'accord du preneur, les clauses prévoyant une augmentation du loyer en cas de cession du fonds, les clauses de préemption étendues au transfert d'actions de la société preneuse...* »¹⁴³³. Il s'agirait, en conséquence, de manier avec la plus grande prudence toutes les clauses prévues « sans réciprocité », c'est-à-dire conditionnées par la seule volonté d'une des deux parties, ou rédigées à sens unique.

525. Clause de non-établissement. – Nous nous interrogeons, également, sur la validité à venir de la clause de non-établissement, dite également clause d'exclusivité. Il s'agit d'une sorte de clause de non-concurrence cherchant à empêcher le locataire commerçant, après la fin du bail commercial, de collaborer avec un commerçant exerçant le même type d'activité, généralement dans un secteur géographique défini, et pendant une certaine durée. En application de celle-ci, il est impossible de développer un nouveau fonds de commerce à proximité ou de devenir associé d'une entreprise développant un fonds similaire.

Ce type de clause a, jusqu'à présent, toujours été admis en jurisprudence, mis à part lorsque celle-ci a « *pour effet d'interdire au preneur de solliciter la déspecialisation partielle* »¹⁴³⁴. Nous constatons, cependant, que la clause de non-concurrence est, depuis peu, pointée du doigt en doctrine¹⁴³⁵. Dès lors, selon nous, cette clause est typiquement à surveiller dans la mesure où, si prise individuellement celle-ci ne semble pas pouvoir être jugée abusive, elle pourrait néanmoins créer un déséquilibre en considération des autres clauses du contrat.

526. Clause résolutoire à sens unique. – Le même raisonnement est à suivre, selon nous, s'agissant des clauses résolutoires à sens unique, déjà jugées illicites pour la location-

¹⁴³³ Mekki M., « Se conformer au nouveau droit des contrats, Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », JCP E n° 25, 23 Juin 2016, 1373

¹⁴³⁴ Cass. civ. 3^e, 15 février 2012, pourvoi n°11-17.213, Bull. 2012, III, n° 29

¹⁴³⁵ Andjehairi-Tribillac S., « Bail commercial - La légitimité de la clause de non-concurrence dans les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 12, Décembre 2016

gérance¹⁴³⁶, mais pour le moment jamais remises en question par la jurisprudence s'agissant des baux commerciaux. Encore récemment¹⁴³⁷, la Cour de cassation considérait acceptable que le preneur ne puisse pas « *se prévaloir de l'acquisition de la clause résolutoire prévue au contrat de bail commercial lorsque cette clause est stipulée au seul profit du bailleur et que ce dernier demande la poursuite du bail* »¹⁴³⁸.

527. Clause d'indexation au seul profit du bailleur. – Sans aucun doute, les clauses d'indexation des loyers au seul profit du bailleur, refusant la possibilité que le loyer puisse varier à la baisse, réputées non écrites par la Cour de cassation depuis peu¹⁴³⁹, pourraient être considérées comme abusives et comme créant un déséquilibre significatif, tant elles s'opposent à l'équité ou à l'égalité des situations. Précisons que la sanction de ces clauses aura toujours des conséquences lourdes sur le contrat, dans la mesure où leur éviction entraînera la restitution au locataire du non dû, et le re-calcul du loyer en application de l'indice légal applicable.

528. Pratiques abusives dans la persistance de la relation contractuelle. – Enfin, les nouvelles clauses développées par la pratique pour contourner les mécanismes protecteurs de la loi Pinel, et créant donc une situation d'abus dans la persistance de la relation contractuelle¹⁴⁴⁰, semblent pouvoir être visées par le déséquilibre significatif. En effet, que penser de la pratique des baux investisseurs, des baux privant le locataire de sa faculté de résiliation triennale et, plus généralement, de la répartition illicite des charges entre preneur et bailleur dans bon nombre de baux ?

529. Nous pourrions également assister à la remise en cause généralisée des clauses propres aux centres commerciaux.

b- La remise en cause probable des clauses figurant dans les baux de centres commerciaux

530. La pratique du bail commercial, dans les centres commerciaux, doit en effet être traitée à part, tant elle diffère des baux commerciaux « classiques ». Monsieur Brisard, notaire, relevait en 2002 « *les spécificités rédactionnelles d'un bail commercial en galerie marchande* »¹⁴⁴¹ qui, déjà selon lui, faisaient de ce bail un contrat d'adhésion total. Cet état des lieux des clauses

¹⁴³⁶ Cass. Com., 20 sept 2011, pourvoi n°10-30.567, inédit

¹⁴³⁷ Cass. civ. 3^e, 27 avril 2017, pourvoi n° 16-13.625, publié au Bulletin

¹⁴³⁸ Velin V., « Bail commercial : seul le bailleur peut se prévaloir de la clause résolutoire stipulée à son profit », Ed. FR Lefebvre, La Quotidienne, 24 mai 2017

¹⁴³⁹ Cass. civ. 3^e, 14 janvier 2016, pourvoi n°14-24.681, publié au Bulletin

¹⁴⁴⁰ Supra n° 469 et s.

¹⁴⁴¹ Brisard P., « Les spécificités rédactionnelles d'un bail commercial en galerie marchande », JCP N n° 13, 29 Mars 2002, 1226

figurant dans les baux commerciaux, conclus en galeries marchandes de centres commerciaux, permet de faire le constat suivant : les clauses ne sont pas les mêmes dans ce secteur que dans les autres secteurs. Malgré les exigences du statut, celui-ci « *laisse cependant suffisamment de latitude au propriétaire pour imposer certaines clauses à son avantage* »¹⁴⁴².

531. Le bailleur, seul décisionnaire en matière de travaux. – Ainsi, les clauses relatives aux travaux prévoient, la majeure partie du temps, que les preneurs du centre souffriront, sans opposition possible, sans compensation aucune, des travaux réalisés sur les parties communes, que ce soit par le propriétaire bailleur, ou par le regroupement des propriétaires en syndic. Il est également prévu que tout préjudice, affectant le fonds, l'activité ou la clientèle, ne saurait justifier la moindre opposition du locataire. De plus, le bailleur fait également en sorte de transférer la majeure partie des travaux, y compris ceux se rapprochant de l'article 606 du code civil, tels que les travaux de restructuration ou de rénovation.

Le déséquilibre est incontestable. Le seul décisionnaire en matière de travaux est le bailleur. Cela ne l'empêche pourtant pas de systématiquement demander le remboursement de ceux-ci au preneur, en prétextant qu'ils constituent des charges courantes. « *L'un décide, sans contrôle ni limite. L'autre paye, sans plus de contrôle ni de limite* »¹⁴⁴³. D'autant plus que les dispositions du bail ne se contentent, généralement, pas de prévoir que la clause sera applicable à toute sorte de travaux. En effet, Madame Auque relève que celles-ci permettent au bailleur « *de modifier le bien, ses accessoires, son environnement, voire de le transférer, le tout sans indemnité, quelle que soit la durée des travaux* »¹⁴⁴⁴.

Ces dispositions se justifieraient par le besoin d'améliorer le standing du centre qui profiterait à tous les locataires. Mais la question que l'on peut se poser, au vu de ce que l'on sait désormais du déséquilibre significatif, est de savoir si, sans la moindre compensation financière, ces obligations sont bien proportionnées à l'objectif à atteindre...

532. Bail supérieur à 9 ans. – Déjà évoquée dans le contenu de cette thèse, la durée est également caractéristique des baux de centres commerciaux. Elle ne correspondra presque jamais à neuf ans et est, plutôt, stipulée pour une durée comprise entre dix et douze années. Cela permet, évidemment, d'écarter les contraintes anciennes telles que la résiliation triennale

¹⁴⁴² Brisard P., *ibidem*

¹⁴⁴³ Barbier J.-D., *ibidem*

¹⁴⁴⁴ Auque F., *ibidem*

du preneur, ou le plafonnement du loyer. Cela permet également de contourner les nouveautés supplétives de la loi Pinel.

533. Destination unique, sans exclusivité. – La destination également restreint les droits du locataire. L'activité commerciale est toujours cantonnée, afin de protéger la commercialité de l'ensemble du centre commercial. Cette contrainte est à sens unique, paradoxalement, dans la mesure où le locataire ne jouit en général d'aucune clause d'exclusivité. Il n'y a toujours pas la moindre réciprocité. De plus, le bailleur est le seul à pouvoir autoriser le changement d'enseigne. En revanche, le bailleur se réserve fréquemment le droit de transférer l'emplacement du locataire en cas de changement dans la disposition du centre.

Pour que la clause ne soit pas jugée abusive, les termes du bail commercial se chargent d'expliquer cette obligation conditionnée par la seule volonté du bailleur. En effet, cela se justifierait par le « *caractère essentiellement évolutif de ce type d'équipement commercial* »¹⁴⁴⁵. Le preneur se voit, tout de même, octroyer une compensation fixée préalablement par le contrat de bail, compensation néanmoins refusée lorsque sa boutique a atteint une certaine durée d'ancienneté. Ainsi, si l'aménagement de la boutique a plus de 12 ans, le locataire reconnaît ne pas avoir droit à la moindre indemnité. La clause est à sens unique.

534. Clause de « lease-back ». – Le bailleur peut prévoir, également, une clause lui permettant de céder l'immeuble, mais en y adjoignant la possibilité, en cours de relation, d'effectuer ce que l'on appelle un « lease-back »¹⁴⁴⁶. Par cette opération immobilière, le bailleur fait du locataire un sous-locataire, ceci sans son autorisation. Ledit locataire, lorsqu'il est membre d'une société, se voit encore forcer à accepter une « clause d'actionariat », par laquelle un associé minoritaire est obligé de céder ses actions, par exemple en cas d'offre d'achat, ou de tout événement tel que la cession. Le bailleur n'oublie évidemment pas de s'octroyer un droit de préférence sur les actions du preneur. On peine à trouver la contrepartie qui permettrait d'expliquer que, malgré l'insertion de cette clause, le contrat reste équilibré.

535. Clause de loyer binaire. – Pour ce qui est du loyer, la fixation ne pose pas de problème : elle se fait proportionnellement à la surface de l'ensemble du centre. L'évolution du loyer, quant à elle, est effectuée par application de la fameuse clause de loyer binaire, déjà étudiée dans cette thèse, qui avait jusqu'à présent pour effet de faire échapper le bail commercial

¹⁴⁴⁵ Brisard P., *ibidem*

¹⁴⁴⁶ Auque F., *ibidem*

aux règles du statut. Prévoir une clause binaire, plutôt qu'une clause recette ou une clause d'échelle simple, permet au bailleur de s'assurer que la clause ne jouera jamais à la baisse.

536. Loyer décomposé, « décapitalisation ». – Le loyer n'est pas la seule somme payée par le locataire. Se cumulent, fréquemment, taxe foncière, quote-part des taxes sur les parties communes, dépôt de garantie (correspondant la plupart du temps à plusieurs loyers mensuels), cautionnement bancaire et, bien sûr, pas de porte.

537. Adhésion contrainte à une association syndicale. – Tout locataire de centre commercial est contraint de rejoindre une association syndicale, ceci en raison de l'importance des campagnes promotionnelles, et de la mise en place d'animations exceptionnelles dans les galeries du centre. En revanche, pour ce qui est de l'environnement commercial, « *les contrats de baux conclus par un bailleur exploitant un centre commercial rappelant qu'il n'est pas garant de la commercialité du centre ne sauraient être critiqués* »¹⁴⁴⁷. Le bailleur bénéficie, en effet, d'une jurisprudence favorable en ce qui concerne la garantie de commercialité du centre : il n'y en a aucune¹⁴⁴⁸, ce qui n'offre, à nouveau, pas la moindre réciprocité.

538. Un ensemble considérablement déséquilibré. – Ainsi, après avoir évoqué ces clauses, qui ne sont évidemment pas les seules pratiquées en centre commercial, certains regretteront que les seuls intérêts du bailleur soient pris en considération. Cela pourrait correspondre soit à la « *loi du plus fort* », soit à « *la vérité économique qui s'impose* »¹⁴⁴⁹ au preneur. Nous pensons cependant que le déséquilibre significatif trouvera largement à s'appliquer dans ces circonstances. Rappelons que le déséquilibre significatif ne s'apprécie pas par rapport à une seule clause, mais par rapport à un équilibre d'ensemble¹⁴⁵⁰. Et « *qui a connu le vertige tourbillonnant de la lecture d'un bail de centre commercial ne résistera pas au déséquilibre* »¹⁴⁵¹.

539. Rappelons que, selon l'ancien article 1161 du code civil, « *toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». C'est là toute la question de la cohérence du contrat.

¹⁴⁴⁷ Simon F.-L., « Panorama de jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (2016-2017) », LPA n°037, février 2018, p. 3

¹⁴⁴⁸ Cass. civ. 3^e, 3 juillet 2013, pourvoi n°12-18.099, Bull. 2013, III, n° 88

¹⁴⁴⁹ Brisard P., *ibidem*

¹⁴⁵⁰ En ce sens : T. com. Evry, 7 févr. 2013 : RDC 2013, p. 979,

¹⁴⁵¹ Barbier J.-D., *ibidem*

Chapitre 2 - L'encadrement de l'équilibre par la cohérence du bail commercial

540. Notion de cohérence. – Selon le Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales, la définition du « cohérent » pourrait renvoyer à ce à quoi « *les parties adhèrent étroitement entre elles* »¹⁴⁵² lorsqu'il est question d'un « *ensemble* », d'une « *masse* ». Même s'il s'agit de la définition du « cohérent » dans le domaine physique, après tout le droit n'est-il pas une science ? Pour une définition plus rationnelle, le Larousse voit la chose cohérente comme celle « *dont les parties s'enchaînent bien et présentent, entre elles, des rapports logiques* »¹⁴⁵³. Plus largement, la cohérence serait la « *logique interne d'un discours, d'une idée, d'un acte* »¹⁴⁵⁴. Enfin, pour en venir à la cohérence du contrat, selon la thèse de Monsieur Houtcieff, « *le principe de cohérence stigmatise la contradiction et tend à restituer sa cohérence à l'acte contradictoire ou au comportement inconsistant* »¹⁴⁵⁵.

541. Droits voisins, standards juridiques. – Cette notion traduit un phénomène très récent dans notre droit des contrats français : il s'agit de l'influence, récente, de plusieurs droits spéciaux, sur l'économie de notre pays. C'est notamment le cas du droit de la concurrence, mais surtout du droit de la consommation. Le droit commun des contrats, entendu comme celui qui n'utilise que les principes issus du code civil, n'existe plus. Le juriste contemporain doit désormais cesser de se cantonner à l'étude d'une seule matière pour maîtriser la complexité d'un contrat. Il doit puiser dans les matières voisines les enseignements nécessaires à la compréhension de notions nouvelles.

Les notions nouvelles, nous en avons déjà évoquées quelques-unes¹⁴⁵⁶ avec la réforme du droit des contrats de 2016 qui intègre au code civil de nouveaux standards juridiques. C'est avec ceux-ci que le juge doit garantir, rechercher, rétablir, l'équilibre contractuel, ceci alors même que le contrat est normalement la loi des parties. Dans cette nouvelle étape de judiciarisation du contrat, le juge aura fort à faire pour ce qui est d'assurer un semblant de justice contractuelle, notamment avec l'abondance, et la pratique désormais commune, des contrats standardisés, spécialement dans la matière commercialiste.

¹⁴⁵² <http://www.cnrtl.fr/definition/coh%C3%A9rent>

¹⁴⁵³ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>

¹⁴⁵⁴ Ibidem

¹⁴⁵⁵ Houtcieff D., « Le principe de cohérence en matière contractuelle », Thèse de doctorat en Droit privé, Sous la direction de Horatia Muir Watt., Soutenue en 2000 à Paris 11

¹⁴⁵⁶ Supra n° 178

542. Moraliser le contrat par la cohérence. – Le juge tentera de chercher ou restaurait sa cohérence au contrat. La cohérence est, depuis quelques années, déjà très présente au sein du droit des contrats, la notion d'obligation essentielle n'étant, finalement, que la transposition pratique du principe de cohérence au contrat. Le juge, sous couvert de vouloir restaurer la volonté initiale ou normale des cocontractants, se permettra alors de sanctionner et d'évincer la clause d'un contrat créant un effet contraire à celle-ci. Ce serait, en ce cas, une nouvelle façon de moraliser les relations contractuelles tout en respectant le principe de sécurité juridique.

Le très commenté arrêt Chronopost¹⁴⁵⁷ fut l'occasion de le constater, puisque « *en éliminant la clause limitative de responsabilité du contrat qui contredisait la portée de l'engagement pris, l'arrêt de 1996 supprime du même coup toute violation de l'article 1131 du code civil (qui) permet ici de faire respecter le principe de cohérence* »¹⁴⁵⁸. L'article 1131 en question, comprenant la notion de cause, n'existe plus aujourd'hui, cette dernière ayant été supprimée par la réforme du droit des contrats de 2016. Cet ancien article prévoyait que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Il était simple, dès lors, de constater un lien étroit entre « cohérence » et « cause ».

En 1996, dans ce même arrêt, Monsieur Mazeaud constatait, déjà, « *le contrôle de la cohérence du contrat* »¹⁴⁵⁹. Pour apprécier celle-ci, Monsieur Houtcieff expliquait que « *l'exigence d'un minimum obligatoire intangible n'implique pas la détermination d'un contenu normal du contrat* »¹⁴⁶⁰. C'est sous cette vision que se place l'analyse de l'équilibre du contrat, celui du contrat de bail commercial en ce qui nous concerne.

543. Structure et substance. – Pour en revenir à la définition de la cohérence, et appliquer celle-ci, nous allons nous intéresser à la structure et aux différentes parties d'un contrat de bail commercial. Ceci sera l'occasion de constater que l'équilibre cohérent aurait pu avoir été à rechercher dans cette structure (**SECTION 1**). Mais il semble que cette idée, pourtant fort suivie dans un premier temps, doive déjà être abandonnée. Il paraît, alors, beaucoup plus intéressant d'étudier l'équilibre du bail commercial, avec la notion de substance (**SECTION 2**), puisque la réforme du droit des contrats de 2016 a souhaité promouvoir ce nouveau concept, par

¹⁴⁵⁷ Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632, Bull. 1996 IV N° 261 p. 223

¹⁴⁵⁸ Barthez A., « Contrats et obligations - Droit des contrats - Chronique sous la direction de Jacques Ghestin », JCP G n° 3, 17 Janvier 2011

¹⁴⁵⁹ Mazeaud D., « Le Code civil, un passé, un présent, un avenir », D., 2004, n° 23, p. 463

¹⁴⁶⁰ Houtcieff D., « Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative », JCP G n° 36, 5 Septembre 2007

l'intégration du concept d'obligation essentielle, héritage du droit de la consommation et concept « *étrange et pénétrant le droit des contrats, inutile à stigmatiser les contradictions affligeant le contrat* »¹⁴⁶¹ selon certains auteurs.

SECTION 1 - L'IMPORTANCE DE LA COHERENCE DANS LA STRUCTURE DU BAIL COMMERCIAL

544. Nous considérons intéressant, tout d'abord, de revenir brièvement sur la composition du bail commercial, sur ses différentes parties, sur ses différents documents, que celui-ci soit classique ou non (*Paragraphe 1*). En effet, pendant la période comprise entre l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats de 2016, et sa ratification en 2018, beaucoup de commentaires semblaient vouloir conditionner l'application de cette réforme aux baux commerciaux par la façon dont ceux-ci avaient été rédigés. Dès lors, l'étude de la composition classique des baux commerciaux pourrait être enrichissante au vu des dernières évolutions législatives (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1- Etude de la composition du bail commercial : un contrat « destructurable »

545. L'intérêt de ce paragraphe, étude d'aspect technique, résulte de la présence en doctrine pendant quelques temps de l'idée selon laquelle il s'agirait de regarder un bail commercial différemment, selon que celui-ci soit d'aspect « classique » (**A**) ou à conditions générales (**B**).

A) Composition d'un bail commercial classique

546. Parties en présence. – Inutile de rappeler que le bail commercial est un contrat classique (qui peut également être conclu par acte sous seing privé). Par conséquent, celui-ci débute, assez logiquement, par l'identité des cocontractants en tête de l'acte. Cela ne pose pas de problème.

547. Exposé préalable, préambule. – Le premier sous-bloc qu'il s'agit de relever est celui présent dans bon nombre de contrats, qui pourrait prendre de plus en plus d'importance à l'avenir au vu des dernières réformes : il s'agit de « l'exposé préalable » ou « préambule ». Ce paragraphe est, généralement, très bref et se contente, en guise de présentation du contexte de contractualisation, de rappeler que le bailleur est propriétaire d'un immeuble et que le preneur s'est montré intéressé par sa location afin d'y exercer son activité. La pratique en la matière,

¹⁴⁶¹ Ibidem

nous le comprenons, est très standardisée. Le rédacteur du bail commercial passe, en effet, très rapidement au contenu du contrat, c'est-à-dire aux multiples articles encadrant la durée, le loyer, la destination du bail commercial, et la problématique répartition des charges.

548. Contenu, et obligations des parties : répartition des charges – Les parties ne peuvent, désormais, plus se contenter d'une répartition abstraite et floue sur quelques lignes. Elles ont l'obligation de dresser un inventaire des catégories de charges, et de fixer précisément leur répartition entre elles. Les premiers baux commerciaux, conclus après l'entrée en vigueur de la loi Pinel, et cherchant à s'y conformer, ont pu à titre d'exemple adopter la méthode simple du tableur, celle-ci semblant la plus à même de répondre aux exigences du nouvel article L. 145-40-2 du code de commerce.

Effectivement, l'obligation en résultant est d'une telle complexité, et assez difficilement lisible, que la meilleure solution consiste à lister l'ensemble des charges amenées à être concernées par la location, d'indiquer pour chacune d'elles la partie la prenant à sa charge et selon quel pourcentage. En effet, les parties peuvent décider de se partager certaines charges : ce sera, d'ailleurs, souvent le cas de la taxe foncière. Un autre pourcentage, dans le cas d'un immeuble doté de parties communes, peut indiquer « la quote-part des parties communes nécessaires à l'exploitation » dans le local en question. En cas d'immeuble collectif, les charges pourront être réparties selon un pourcentage correspondant à la surface exploitée par les locataires.

Passé l'ensemble relatif aux charges et travaux, le bail commercial comporte, bien sûr, les clauses les plus courantes, telles que celles relatives à l'indexation, à la cession ou sous-location du local, et la clause résolutoire.

549. Annexes. – Enfin, afin de respecter la réglementation applicable, le bail commercial doit comporter un ensemble de documents annexes, s'incorporant au contrat en question. Celles-ci concernent les informations sur le local mis à la location, l'état des lieux, les états récapitulatifs et prévisionnels, parfois le règlement intérieur, et l'annexe verte.

550. Informations sur la conformité du local. – La première annexe obligatoire dépendra de la situation géographique du local commercial et des informations et plan de préventions pris par la commune où celui-ci se situe. Ainsi, pourront figurer, selon les cas, les différents diagnostics techniques, à savoir un état des risques naturels et technologiques, un diagnostic de performance énergétique, ou un diagnostic amiante, ... En outre, il peut être intéressant de

prendre l'habitude, comme cela se fait en cas de cession de fonds de commerce, d'obtenir les documents relatifs aux plans cadastraux identifiant clairement, outre les éléments relatifs à la propriété du bien, les surfaces exploitables, et de porter ceux-ci à la connaissance du preneur.

551. Etat des lieux, états récapitulatifs et prévisionnels. – La seconde annexe correspond à l'état des lieux que beaucoup disent obligatoire, depuis la loi Pinel. Toutefois, cette obligation paraît à nuancer dans la mesure où son absence ne sanctionnera pas la validité du bail commercial mais sera, simplement, défavorable au bailleur tel que nous l'avons déjà expliqué dans cette thèse¹⁴⁶². En plus de l'état des lieux, une nouvelle obligation très contraignante, sur laquelle nous reviendrons plus tard, s'impose aux parties : il s'agit de l'obligation d'annexer au contrat un état récapitulatif des travaux, ainsi qu'un état prévisionnel des travaux par le bailleur¹⁴⁶³.

552. Règlement intérieur, annexe verte. – Enfin, lorsque le local fait partie d'une copropriété, le règlement intérieur de celle-ci est annexée au contrat. Signalons, de plus, qu'au-delà d'une certaine superficie, le bail commercial doit comporter une annexe verte : il s'agit de l'annexe environnementale dans laquelle figurent, notamment, les informations relatives aux consommations énergétiques. Comme le relevait Madame Dumont-Lefrand, « *sur la forme, cette obligation demeure très peu contraignante, puisque aucune sanction, ni civile ni pénale, n'est prévue* »¹⁴⁶⁴.

553. La structure d'un bail classique, présente peu de difficultés pratiques. Les parties, rigoureuses et désireuses de répondre à l'ensemble de la réglementation applicable aux baux commerciaux, recueilleront l'ensemble des informations, et documents, nécessaire à la conclusion de leur bail commercial. Les choses sont, néanmoins, bien différentes pour les baux commerciaux à conditions générales.

B) Composition d'un bail commercial à conditions générales : structure à sous-parties

554. Sous-parties. – Les choses sont, à nouveau¹⁴⁶⁵, assez différentes pour les baux de centres commerciaux, ainsi également que pour certains baux d'investisseurs¹⁴⁶⁶. La structure

¹⁴⁶² Supra n°309

¹⁴⁶³ Infra n° 690

¹⁴⁶⁴ Dumont-Lefrand M.-P., « L'annexe environnementale : un risque de performance énergétique à géométrie variable », D. 2012, 1472

¹⁴⁶⁵ Supra n°530

¹⁴⁶⁶ Auque F., « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

de ceux-ci diffère sur un point : le contrat est divisé en trois sous-parties¹⁴⁶⁷, à savoir les « conditions générales », les « conditions particulières » et les « annexes ».

555. Conditions « générales ». – La première partie, selon son intitulé, correspond aux « conditions générales » du bail commercial. Celles-ci se déploient, dans le contrat, sur des dizaines de pages, énumérant ainsi les obligations auxquelles le locataire adhère et accepte de se soumettre. Ce sera notamment le cas des frais, des garanties, des assurances, des recours en cas de trouble de voisinage, du stockage des marchandises, ... En fin de compte, il est assez facile de constater, en prenant connaissance du contenu du bail commercial, que l'ensemble correspondant aux conditions générales représente la presque totalité, en quantité seulement, du contrat. D'aspect, ces multiples pages feront, immédiatement, penser au contrat d'assurance.

556. Conditions « particulières ». – « Conditions particulières » est l'intitulé de la seconde partie. Ces conditions, dites « particulières », qui ne représenteront dans la plupart des cas que quelques pages, comprennent généralement les clauses courantes encadrant la durée du bail, la désignation de l'immeuble, la destination prévue par les parties, ainsi que le loyer. Il n'est question de rien de plus si ce n'est, comme le constatait Madame Auque, de la possibilité que ces conditions particulières limitent ou excluent « *l'une ou l'autre des conditions générales, le plus souvent subsidiaires* »¹⁴⁶⁸. En effet, bien souvent, les clauses de la première et de la seconde partie se contredisent les unes des autres.

557. « Annexe ». – Enfin, la troisième partie composant la structure de ces baux particuliers est, étrangement, nommée « annexe ». Il ne s'agit pourtant pas, à proprement parlé d'une annexe, celle-ci ne correspondant, d'ailleurs, absolument pas à celles des baux classiques¹⁴⁶⁹. L'annexe, ici, peut également apporter des exceptions aux conditions générales. A titre d'exemple, on peut relever dans un bail de centre commercial que « *le dépôt de garantie, prévu dans les conditions générales, sera remplacé par une garantie bancaire à première demande ; la location-gérance, interdite dans les conditions générales, sera autorisée ; la clause d'arbitrage, figurant dans les conditions générales, sera déclarée sans objet* »¹⁴⁷⁰. L'annexe n'a donc absolument pour rôle de porter à la connaissance de l'autre partie certaines informations, ou certains documents. Celle-ci peut comprendre certaines clauses et conditions essentielles du contrat.

¹⁴⁶⁷ Barbier J.-D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », GP n°25, 5 juill. 2016, p. 55

¹⁴⁶⁸ Auque F., *ibidem*

¹⁴⁶⁹ Supra n° 549

¹⁴⁷⁰ Barbier J.-D., *ibidem*

558. Absence de cohérence d'ensemble, conditions générales standardisées – Les effets juridiques découlant des annexes ayant le même degré de gravité que les autres conditions, et malgré le stratagème rédactionnel des intitulés, il est, dès lors, assez difficile de savoir quelles conditions sont générales, quelles conditions sont particulières et quelles conditions ne le sont pas. On ne peut, en revanche, que constater le caractère anecdotique des conditions générales, dans la mesure où aussi bien les autres particulières que les annexes y dérogeront systématiquement. Les dizaines de pages de la première partie du bail commercial sont donc totalement « standardisées ». Aucune clause n'est négociée. Aucune clause n'a réellement été rédigée par le bailleur ou par le preneur. Elles ont été imprimées, et seront proposées à la signature du locataire. C'est en cela que le bail commercial de centre commercial, notamment, a toujours été considéré comme étant un contrat d'adhésion. Nous conseillons, d'ores et déjà, de mettre un terme à cette pratique contractuelle. Selon nous, elle ne sera dans un futur proche qu'une preuve flagrante de la non négociabilité du contrat.

559. Bien que pouvant démontrer le caractère standardisé, nous nous réjouissons, pour l'équilibre du bail commercial, que les parlementaires aient fait le choix d'abandonner la seule référence aux conditions générales, pour définir les contrats d'adhésion, au moment de ratifier l'ordonnance du 10 février 2016. Cela aura d'importantes conséquences en ce qui concerne l'équilibre structurel du bail commercial, et permettra de rééquilibrer bien plus de baux commerciaux que les seuls baux à conditions générales.

Paragraphe 2- L'appréciation de l'équilibre structurel du bail commercial à réaliser dans l'intégralité du contrat

560. Pendant un temps, certains auteurs faisaient de la présence de conditions générales la condition permettant de remettre en question le déséquilibre du bail commercial (A). Cet argument semble, à première vue, ne peut avoir survécu à la phase de ratification de l'ordonnance de 2016 (B).

A) L'hypothétique appréciation de l'équilibre du bail commercial, selon la distinction entre clauses « essentielles » et clauses « secondaires »

561. Première version de l'article 1110 du code civil, référence aux conditions générales. – L'Article 1110 du code civil, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, en vigueur au 1 octobre 2016, et non encore modifié au 1^{er} octobre 2018, définissait le

contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Selon cette première version du nouvel article 1110, il aurait fallu, pour considérer être en présence d'un contrat d'adhésion, rechercher dans un premier temps des « conditions générales ». Le législateur semblait (du moins textuellement) considérer que l'absence de négociation du contrat se décelait par la présence de cette partie au sein du contrat.

562. Conditions générales, comme ensemble contractuel. – Dans la mesure où le législateur faisait le choix très particulier de mettre de côté les dispositions essentielles, ou déterminantes, certains auteurs, appliquant à la lettre la définition du nouvel article 1110, pensaient cohérent d'opérer une distinction entre les clauses essentielles et les clauses secondaires du contrat. Selon cette analyse, seuls les baux commerciaux comportant des conditions générales étaient susceptibles de voir leurs clauses remises en question par l'application de l'article 1171 du code civil.

Monsieur Barbier relevait, ainsi, en raisonnant par comparaison avec la structure classique des baux commerciaux, que les « *clauses essentielles d'un bail commercial (la désignation des lieux loués, le loyer, le commerce autorisé, la durée du bail) figurent dans les conditions particulières* »¹⁴⁷¹ et que, en conséquence, les conditions générales étaient toutes les autres conditions s'étalant sur des dizaines de pages.

563. Synonymie des conditions générales et des clauses générales. – Monsieur Monéger, quant à lui, adoptait une analyse différente et considérait que le terme « conditions générales », pour le bail commercial, « *ne saurait renvoyer à un bloc contractuel autonome antérieur au bail* » et que « *la synonymie des termes conditions générales et clauses générales (semblait) devoir s'imposer en matière de bail commercial* »¹⁴⁷².

L'auteur avait fondé sa réflexion sur la première version de l'article, dans le projet d'ordonnance, selon laquelle il n'était pas question de conditions générales mais des seules « clauses abusives », ainsi que sur le droit de la consommation. Madame Auque partageait cet avis et appelait, également, à suivre les textes du droit de la consommation, et la jurisprudence

¹⁴⁷¹ Barbier J.-D., *ibidem*

¹⁴⁷² Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », *RTD Com.* 2016, p.427

commerciale « pour procéder à une évaluation du déséquilibre au moment de la formation du contrat eut égard à l'ensemble des dispositions du bail »¹⁴⁷³.

Ainsi, selon eux il s'agissait de s'en tenir au seul esprit de la loi plutôt qu'au texte, et de considérer que le législateur appelait « conditions générales » des « clauses générales ». Ce qui change tout pour ce qui est du bail commercial. L'histoire leur donna raison.

B) L'obsolète appréciation de l'équilibre du bail commercial, selon la distinction entre clauses « essentielles » et clauses « secondaires »

564. Ensemble ou dissociation. – Considéré comme une « *expression vaporeuse* »¹⁴⁷⁴ par certains auteurs, la référence aux conditions générales faisait débat, incitant la doctrine tantôt à dissocier clauses accessoires et conditions particulières, tantôt à prendre le « *contenu du contrat pris dans son ensemble* »¹⁴⁷⁵. Les auteurs divergeaient sur cette question.

565. Négociabilité et globalité. – Le 21 avril 2018, le projet de loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance de 2016, entrant en vigueur et opérant les modifications que nous connaissons, à savoir le remplacement des « conditions générales » par les « clauses non négociables » et la mise en place du critère de la « négociabilité » comme seule condition à prendre en considération pour analyser l'équilibre du contrat. Dès lors, unanimement, pour les auteurs, « *la seule question est (désormais) celle de l'influence d'une négociation partielle sur la qualification du contrat* »¹⁴⁷⁶, et « *le juge devra apprécier « globalement » la nature du contrat* »¹⁴⁷⁷. Le législateur semble parvenir à clarifier son intention.

566. Clauses abusives plutôt que générales. – L'esprit initial du texte, qui visait les clauses abusives de toutes les conventions, est sauvé et ce sont les rédacteurs de contrat qui vont devoir en tirer les premières leçons afin, principalement, de prouver l'équilibre du contrat au sein même de la structure du bail commercial. En effet, si le premier bon réflexe pouvait être, pour les parties, de s'aménager la preuve de la négociation, en multipliant les emails et les courriers, cela pourrait ne pas suffire. Il s'agit désormais de faire en sorte que la négociabilité du contrat puisse se dégager à sa simple lecture.

¹⁴⁷³ Auque F., « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », *Loyers et copr.* n° 10, Octobre 2016

¹⁴⁷⁴ Dissaux N., « Réforme du droit des contrats (...) », *E.D.*, 2016, p. 14

¹⁴⁷⁵ Revet T., « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, 15 septembre 2016, 1771

¹⁴⁷⁶ Auque F., *ibidem*

¹⁴⁷⁷ Barbier J.-D., *ibidem*

567. Eviter le recours aux sous-parties, et conditions générales. – Bien que la référence aux conditions générales soit évincée de l'article 1110 du code civil, il nous apparaîtrait sage de mettre fin à la pratique des baux commerciaux, divisés en trois sous-parties. Celle-ci étant connue de tous, depuis des années, et ayant été pointée du doigt, ces dernières années, pourrait finalement fournir au juge la preuve de la non-négociabilité du contrat de bail commercial. Prendre le risque de continuer à faire référence aux conditions particulières, uniques conditions susceptibles de négociation, et aux très nombreuses conditions générales évidemment non négociées, est insensé. Nous encourageons les rédacteurs, de baux de centres commerciaux par exemple, à reprendre la pratique classique du bloc unique, en unifiant les trois parties distinctes.

568. Agrandissement de l'exposé préalable. – Enfin, nous considérons que l'exposé préalable, ou préambule, comme dans tout contrat commercial, va avoir une importance considérable désormais pour le bail commercial. Il s'agit d'encourager, désormais, les parties à ne plus faire de cette première partie, un simple exposé de quelques lignes : les parties doivent stipuler clairement, au sein de cette partie qu'elles déclarent avoir conduit des négociations de bonne foi, qu'elles ont pu avoir tous les documents et toutes les informations nécessaires pour la tenue de celles-ci.

569. Contexte et contreparties. – Les parties devront, également, faire figurer dans l'exposé préalable, très clairement, leurs différents entretiens, appels téléphoniques, courriers et demandes diverses, en indiquant en quoi ceux-ci ont conduit à rectifier, à une ou plusieurs reprises, le projet initial de bail commercial. A l'image du concept anglo-saxon, nous sommes entrés dans le droit du « *complain or explain* » : cela est valable, pareillement, pour la phase précontractuelle, ainsi que pour les tous les éléments extracontractuels ayant conduit à la rédaction du contrat.

Néanmoins, encore faudra-t-il que les parties le fasse avec suffisamment de finesse, de précision, et d'honnêteté, pour que par ce procédé celles-ci ne parviennent pas à une nouvelle forme de contrat standardisé par lequel, par exemple, le bailleur et le locataire se contenteraient simplement d'indiquer qu'une stipulation est une condition essentielle. Nous encourageons, désormais, à expliquer en quoi celle-ci l'est et, éventuellement, quelles contreparties (ou quel contexte particulier) ont amené l'une ou l'autre des parties à l'accepter. A titre d'exemple, le fait que le bailleur ait pris à sa charge la réalisation de certains travaux, bénéfiques pour l'activité du locataire, pourraient justifier que ce dernier accepte de s'acquitter d'une charge particulière.

570. Délai de rétractation. – Enfin, rappelons que le nouvel article 1122 du code civil prévoit la possibilité pour les parties de faire figurer au contrat, dans le préambule par exemple, un délai de rétractation. Les parties peuvent l'écarter, mais pourquoi ne pas considérer qu'en présence d'un tel délai, les parties sont un peu plus présumées avoir accepté de conclure le contrat en toute connaissance de cause ? Le prévoir dans le préambule du bail commercial pourrait, en ce sens, constituer une preuve de « non adhésion ».

571. Finalement, les nouvelles pratiques contractuelles pourraient conduire à une première étape d'humanisation du bail commercial. L'aspect humain se retrouve également dans le concept de la substance du contrat, cette « *substantifique moelle du contrat à laquelle il n'est pas possible de toucher* »¹⁴⁷⁸.

SECTION 2 - L'IMPORTANT COHERENCE DANS LA SUBSTANCE DU BAIL COMMERCIAL

572. L'ancien article 1110 du code civil utilisait, déjà, la notion de « substance », puisque l'on pouvait y trouver le principe suivant : « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* »¹⁴⁷⁹.

573. Le législateur a confié la lourde tâche au juge de déceler la réelle volonté du cocontractant, afin de savoir si un élément du contrat est, ou n'est pas, « essentiel » pour lui et a ou n'a pas été suffisant à lui donner l'envie de contracter et de conclure sa convention. Le risque étant qu'un cocontractant peut, tout à fait, faire passer un élément de son contrat pour essentiel, alors qu'il ne l'était absolument pas au moment de conclure celui-ci.

Ainsi, pour éviter l'erreur sur la « substance » de la chose, risque juridique, une jurisprudence s'était développée autour de cette notion. Cette jurisprudence, d'une part, considérait qu'il revenait aux cocontractants de prendre soin de prévoir, au sein du contrat, la caractéristique « essentielle » de certaines de leurs obligations et, d'autre part, sanctionnait les stipulations allant à l'encontre de l'« obligation essentielle » du contrat¹⁴⁸⁰ puisqu'étant source de déséquilibre du contrat.

¹⁴⁷⁸ Dumont-Lefrand M.-P., « Statut des baux commerciaux et sanction de la mauvaise foi contractuelle », AJDI 2010, 311

¹⁴⁷⁹ C. civ. Art. 1110, al. 1, version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016

¹⁴⁸⁰ Un exemple d'utilisation de cette notion par la jurisprudence : Cass. Com. 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841

Néanmoins, le code civil préférant la notion de « cause », ne comportait jusqu'à présent aucune référence à ces clauses contraires à l'obligation essentielle. Cela pouvait d'ailleurs paraître surprenant puisque le droit des contrats français a, depuis longtemps, accepté ce concept en s'inspirant, une fois encore, du droit de la consommation soucieux de l'équilibre du contrat.

La suppression de la cause dans notre code civil, par la réforme du droit des contrats de 2016, d'une certaine manière change la donne. En intégrant la jurisprudence, issue du célèbre arrêt Chronopost, le droit commun ne parle désormais plus de la stipulation contredisant la portée de l'obligation essentielle, mais de celle qui « *prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* »¹⁴⁸¹.

574. La notion de « substance » paraît plus à même de représenter l'idée de « cohérence » du contrat, illustration du besoin de prendre en compte la finalité économique du contrat. Son intégration au sein du droit commun des contrats, ne devrait pas apporter de réel « bouleversement » au droit des baux commerciaux, mais pourrait compléter une jurisprudence, déjà bien fournie, qui s'est développée autour, notamment, de la notion d'obligation essentielle.

575. En conséquence, cette évolution nous pousse à identifier l'obligation essentielle du contrat de bail commercial (*Paragraphe 1*). Cela n'apparaît pas cornélien dans la mesure où celle-ci, clairement identifiée, a d'ailleurs permis au juge de développer une abondante jurisprudence en matière de baux commerciaux. L'enjeu serait donc, plutôt, de rechercher les autres obligations essentielles du bail commercial (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1- L'obligation essentielle du bail commercial

576. Par l'intégration du terme de substance dans le code civil (A), le législateur cherche à sanctionner d'autres clauses source de déséquilibre (B).

A) L'intégration du droit de la consommation par l'utilisation du terme flou de substance

Le législateur semble avoir remplacé la « cause » par la « substance » (1). On assiste, toutefois, à la survivance de la fonction de la cause à travers la référence à « l'obligation essentielle » (2).

¹⁴⁸¹ C. civ. Art. 1170, modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

1- L'équilibre du contrat par la recherche de la substance de l'obligation

577. Intégration de la notion de substance. – Le nouvel article 1171 du code civil n'est pas le seul article prévu par le législateur pour combattre le déséquilibre du contrat. En créant un nouvel article 1170, dans le mode code, en vertu duquel « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* », l'objectif du législateur est clair puisqu'il s'agit de sanctionner toujours plus dans le contrat les clauses « anormales ».

Pour y arriver, et comme cela a déjà largement expliqué et commenté, la jurisprudence Chronopost¹⁴⁸², selon laquelle « *en raison du manquement à (une) obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* », est donc intégrée au code civil et constitue la principale inspiration de l'article 1170. La cause étant supprimée du code civil, il est désormais fait référence à la substance de l'obligation essentielle. C'est-à-dire que, concrètement, la stipulation allant contre une obligation essentielle ne devient illicite, que si elle a pour effet de priver cette obligation de sa substance.

578. Protection de la substance, objectif de cohérence. – Cette notion est nouvelle et ne figure pas dans la jurisprudence précédemment citée. Selon certains auteurs, le législateur cherche à mettre en avant l'aspect abusif de la stipulation, eu égard notamment aux aspects économiques, qui « *porte directement atteinte à la force obligatoire* »¹⁴⁸³. On vise à protéger la cohérence, l'essence de la convention.

Le droit des baux commerciaux est parfaitement familier des notions de cohérence et de substance du contrat. En effet, cela avait été, très largement, relevé¹⁴⁸⁴, à la suite d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 22 octobre 2015. Par cet arrêt, la Cour de cassation décidait qu'en considérant « *que le juge n'a pas le droit de modifier la loi des parties en appréciant la cohérence des contrats et en procédant à leur refaction par des considérations propres (...) alors que la clause qui prévoit une condition portant sur un élément*

¹⁴⁸² Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, Bull. 1996 IV N° 261 p. 223

¹⁴⁸³ Mekki M., « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », JCP N n° 46, 18 novembre 2016

¹⁴⁸⁴ Klein J., « Le sort de la condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat », RDC n°01, mars 2016, p. 31

Seube J.-B., « La condition ne doit pas se confondre avec les éléments essentiels du contrat : le cas de la cession de bail », Defrénois, n° 122b0, 30 janv. 2016, p. 71

Brignon B., « Cession du bail commercial : impossible d'ériger en condition suspensive la signature d'un nouveau bail ! », JCP E n° 50, 10 Décembre 2015

*essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite, la cour d'appel (avait) violé le texte susvisé »*¹⁴⁸⁵.

Cet arrêt traduirait, à lui seul, « *les difficultés que peut soulever le flottement conceptuel qui affecte la notion de condition, ici exacerbé par la tendance des praticiens à prendre quelques libertés avec le droit positif en matière de baux commerciaux* »¹⁴⁸⁶. En l'espèce, le locataire, par la signature d'un acte de cession, avait accepté de céder son bail commercial à une banque. Mais l'acte de cession comportait une condition suspensive, à savoir la signature d'un nouveau bail commercial par le bailleur et son nouveau locataire, la banque cessionnaire. La Cour de cassation sanctionna le montage, et considéra, en effet, que « *la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite* ».

Pour Monsieur Brignon, cet arrêt était beaucoup plus novateur qu'il n'y paraissait, dans la mesure où il s'agissait, probablement, de la première décision concernant une pratique très fréquente en matière de cession de bail commercial. Celle-ci « *permet au cessionnaire de ne conclure la cession qu'avec la certitude d'obtenir un nouveau bail aux conditions qu'il souhaite et d'éviter, dans certains cas, tout risque de déplaçonnement du loyer et de refus de renouvellement à l'expiration du bail cédé* »¹⁴⁸⁷. Pourtant, la pratique reste clairement illicite, puisqu'elle méconnaît, complètement, les règles relatives à la cession d'un bail commercial : il ne s'agit donc pas d'une cession de bail commercial. Le notaire s'étant chargé du montage, aurait plutôt dû opter pour la résiliation anticipée du bail commercial, avec la condition suspensive de la conclusion d'un autre bail commercial : « *dans ce cas, l'évènement érigé en condition est extérieur au « mutuus dissensus » qui a pour seul objet de mettre fin au bail initial* »¹⁴⁸⁸.

579. Pour en revenir à la portée de cette décision, celle-ci, s'inscrivant dans la tradition des arrêts rendus selon lesquels un élément essentiel à la conclusion de la convention ne pouvait pas être conditionné, innovait en ce qu'elle appliquait, de manière inédite, la sanction du réputé non-écrit. Cela traduit, tout d'abord, l'influence du droit de la consommation sur le droit des baux commerciaux puisque, de manière assez comparable à la décision de l'arrêt Chronopost, le juge donne ici raison au demandeur qui invoquait à la fois la « substance du contrat », et le « non-sens juridique » en présence. Selon Madame Klein, « *on retrouve ici la fonction de police*

¹⁴⁸⁵ Cass. Civ. 3e, 22 oct 2015, pourvoi n° 14-20.096, Bull. 2016, n° 838, 3e Civ., n° 350

¹⁴⁸⁶ Klein J., *ibidem*

¹⁴⁸⁷ Brignon B., *ibidem*

¹⁴⁸⁸ Seube J.B., *ibidem*

de la cohérence des obligations contractuelles désormais assignée à la clause réputée non écrite »¹⁴⁸⁹.

Ensuite, cela illustre l'importance des nouveaux concepts, ou standards juridiques, dans les décisions rendues par le juge. En effet, ce dernier considère que la cohérence du contrat est restaurée par l'application du réputé non écrit à la clause illicite. Or, nous pourrions objecter que la cohérence du contrat n'est, en l'espèce, absolument pas sauvée. Le juge, faisant peut-être une légère confusion entre exécution et formation du contrat, a totalement réécrit la convention, en supprimant ce qui était réellement la volonté des parties, à savoir la signature d'un nouveau bail commercial à des conditions très précises.

Enfin, l'arrêt nous apporte un dernier enseignement. Historiquement, la cour d'appel est toujours peu sensible à la notion « floue » de substance. En l'espèce, elle considère que « *le juge n'a pas le droit de modifier la loi des parties en appréciant la cohérence des contrats* ». En réalité, elle ne fait qu'appliquer le principe selon lequel « *le juge ne peut ni porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties* »¹⁴⁹⁰, expliqué en première partie de thèse¹⁴⁹¹, et fondé sur les règles d'interprétation et d'exécution de bonne foi des conventions.

En revanche, ces dernières années, bien avant la réforme du droit des obligations, la Cour de cassation se laissait déjà séduire par les notions de substance et de cohérence du contrat. Le doute, en l'espèce, repose sur l'application que celle-ci fait de ces deux notions. Il est visiblement question d'une cohérence « déconnectée » de la volonté initiale des parties et de la force obligatoire des contrats. « *Dès lors, le contrat de cession de bail est peut-être devenu objectivement « cohérent » par le jeu du réputé non écrit, mais il ne reflète assurément plus l'opération contractuelle voulue* »¹⁴⁹². Cet argument justifiait, peut-être, la relégation au second plan de la notion de cause, même si l'on peut continuer de voir, à travers l'obligation essentielle, une référence à cette ancienne notion.

¹⁴⁸⁹ Klein, *ibidem*

¹⁴⁹⁰ Seube J.-B., « Le juge ne peut ni porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties, ni s'affranchir des dispositions impératives », RDC n° 2, avril 2010, p. 666

¹⁴⁹¹ Supra n° 142

¹⁴⁹² Klein J., *ibidem*

2- La survie de la fonction de cause dans le contrat, par la référence à l'obligation essentielle, et par l'application de l'obligation de délivrance du bailleur

580. Condition suspensive. – Afin de prendre en compte la réalité de leur situation, et les impératifs qui s'imposaient à eux, les cocontractants avaient, bien souvent, recouru à la « technique conditionnelle » dans leurs conventions. Les parties devaient, néanmoins, prendre garde à ce que la réalisation de l'élément, érigé en condition du contrat, respecte l'ancien article 1168 du code civil, selon lequel « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas* »¹⁴⁹³. Aussi, il était par exemple « *impossible d'ériger en condition suspensive la signature d'un nouveau bail* »¹⁴⁹⁴, et une telle clause devait être réputée non-écrite en application de l'article 1168 du code civil.

581. Suppression de la cause, fondement des décisions. – L'historique notion de cause ayant été supprimée par la réforme du droit des contrats, il est possible de se demander si la jurisprudence découlant de l'arrêt Chronopost continuerait de trouver application. Il est, néanmoins, possible de l'affirmer dans la mesure où la cause survit par l'intégration de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'article 1170 du code civil. En effet, désormais, « *toute clause qui prive de substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

582. Jurisprudence Chronopost et obligation de délivrance. – La jurisprudence issue de l'arrêt Chronopost de 1996¹⁴⁹⁵ « *a connu un développement significatif en droit des baux commerciaux* »¹⁴⁹⁶. La transposition de cette jurisprudence, au droit des baux commerciaux, correspond en réalité aux décisions rendues sur l'obligation de délivrance du bailleur. La Cour de cassation a, en effet, érigé cette obligation en « obligation essentielle »¹⁴⁹⁷, même si sa troisième chambre civile ne réputait pas, encore, non-écrites les clauses contraires à celle-ci.

Ce sont l'obligation de délivrance et donc l'obligation essentielle qui permettaient, par exemple, au juge de sanctionner le transfert de certaines charges, et de certains travaux tels que la mise

¹⁴⁹³ C. civ. Art. 1168, Version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016

¹⁴⁹⁴ Brignon B., *ibidem*

¹⁴⁹⁵ Cass. com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18632, Bull. 1996 IV N° 261 p. 223

¹⁴⁹⁶ Barbier J.-D., *ibidem*

¹⁴⁹⁷ Cass. civ. 3e, 3 mai 2007, pourvoi n° 06-11092, Bull. civ. 2007, III, N° 66

Cass. civ. 3e, 9 juill. 2008, pourvoi n° 07-14631, Bull. 2008, III, n° 121

Cass. civ. 3e, 20 janv. 2009, pourvoi n° 07-20.854, inédit

Cass. civ. 3e, 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-12970, inédit

Cass. civ. 3e, 19 juin 2013, pourvoi n° 12-18337, inédit ; Cass. civ. 3e, 2 juill. 2013, pourvoi n° 12-21353, inédit ;

Cass. civ. 3e, 2 juill. 2013, pourvoi n° 11-28496, inédit

en conformité des locaux¹⁴⁹⁸, ou les travaux consécutifs à des infiltrations d'eau¹⁴⁹⁹, au seul locataire. Le réputé non-écrit ne s'appliquait pas encore, certes, mais ce ne devrait plus être le cas dorénavant.

583. Une réforme qui complète et réaffirme cette jurisprudence. – En effet, l'entrée en vigueur du nouvel article 1170 du code civil, loin de remettre en cause cette jurisprudence, va, en n'en pas douter, la compléter et la renforcer. Cette affirmation peut être faite à la lecture du rapport au Président de la République : « *L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses* ».

Le rapport ajoute : « *Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle* »¹⁵⁰⁰.

Avec cette deuxième précision, nous comprenons que l'obligation essentielle aura, désormais, un rôle prépondérant pour ce qui est de l'application, ou non, de la sanction du réputé non-écrit. La cause ayant été supprimée du code civil, le législateur fait le choix de doter l'article 1170 d'un mécanisme de contrôle de la cohérence de la convention. Ce n'est que si la clause litigieuse porte atteinte à (et vide de sa substance) l'obligation essentielle que le juge pourra intervenir pour rééquilibrer le contrat, ce qui suppose à nouveau une interprétation de la cohérence du contrat. La notion d'obligation essentielle permet au juge de le faire, puisque celle-ci par sa souplesse permet d'appliquer le principe de cohérence. Reste à savoir à partir de quand une clause « vide » de substance l'obligation essentielle et quelle sera la bonne équation entre la volonté initiale des parties, d'une part, et les effets du contrat, d'autre part.

La jurisprudence antérieure est donc consacrée par l'ordonnance de 2016. Dès lors, « *vouloir se dispenser d'une obligation essentielle, c'est vouloir rompre l'équilibre élémentaire de la*

¹⁴⁹⁸ Cass. civ. 3e, 19 déc. 2012, pourvoi n° 11-28170, Bull. 2012, III, n° 187

¹⁴⁹⁹ Cass. civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 08-11011, inédit

¹⁵⁰⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

convention »¹⁵⁰¹. En conséquence, la jurisprudence relative à l'obligation de délivrance devrait se trouver, elle aussi, confortée. Celle-ci « pèse sur le bailleur avec une grande rigueur »¹⁵⁰². La Cour de cassation a encore, récemment¹⁵⁰³, affirmé « qu'il est de l'essence du contrat de bail que le bailleur délivre une chose dont le preneur puisse jouir paisiblement »¹⁵⁰⁴.

584. Obligation de délivrance et travaux. – Monsieur Barbier rappelle¹⁵⁰⁵ l'illustre importance de l'obligation de délivrance pour la répartition des travaux, entre bailleur et preneur, dès que les locaux sont incompatibles avec l'usage pour lequel ils étaient prévus. Avant la réforme de 2016, la jurisprudence, rendue sur le fondement de cette obligation, appliquait à la lettre l'article 1719 du code civil, figurant toujours dans celui-ci, et selon lequel :

« Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ;

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ;

4° D'assurer également la permanence et la qualité des plantations ».

Une des décisions les plus marquantes, rendue en application de cet article, reste à n'en pas douter celle donnée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 3 février 2009¹⁵⁰⁶. Par cet arrêt, déjà signalé en première partie de thèse¹⁵⁰⁷, un locataire ayant pris à bail commercial un hangar pour y développer une entreprise de karting, obtenait gain de cause, dans une affaire de trouble de voisinage. L'activité causant d'importants troubles sonores, les voisins s'étaient, en l'espèce, retourner contre l'exploitant. Celui-ci ayant été condamné, s'était ensuite retourné contre son bailleur. En effet, le bailleur ayant connaissance du projet de karting de son locataire, aurait dû, avant de délivrer le local, mettre celui-ci aux normes, et procéder aux travaux d'insonorisation nécessaires. L'affaire alla jusqu'en cassation et la Cour donna raison

¹⁵⁰¹ Barbier J.-D., « Centres commerciaux, relou le re-looking », GP n°09, mars 2016, p.63

¹⁵⁰² Aubry de Maromon C., « Du caractère essentiel de l'obligation de délivrance du bailleur Commentaire », JCP E n° 13, Mars 2018, 1168

¹⁵⁰³ Cass., civ. 3^e, 18 janvier 2018, pourvoi n°16-27.678, Publié au bulletin

¹⁵⁰⁴ Aubry de Maromon, ibidem

¹⁵⁰⁵ Barbier J.-D., « Des travaux de mise en conformité relèvent de l'obligation de délivrance », GP n°26, juillet 2017, p.55

¹⁵⁰⁶ Cass. Civ. 3e, 3 févr. 2009, pourvoi n° 08-10.293, F-D

¹⁵⁰⁷ Supra n° 139

au locataire : le bien ne permettant pas au locataire d'exploiter l'activité commerciale prévue dans le contrat, le bailleur n'a pas respecté son obligation de délivrance.

Dans ce cas d'espèce, ne pas donner raison au locataire, c'eût été priver le contrat de sa raison d'être, de sa cause. Il s'agit d'une application du principe, bien établi en jurisprudence¹⁵⁰⁸, selon lequel un cocontractant se mettant au service d'un objectif, celui du contrat, et prévoyant une clause ayant pour effet de rendre cet objectif inatteignable, faute à respecter l'obligation essentielle du contrat.

585. Monsieur Barbier, relevant un intéressant arrêt¹⁵⁰⁹ de cour d'appel rendu au début d'année 2017, a également cherché à expliquer en quoi le nouvel article 1170 du code civil va, probablement, apporter une modification d'importance à cette jurisprudence bien définie. En l'espèce, il était question d'un conduit de hotte non fonctionnel, de présence d'amiante dans le local commercial, et d'aucune stipulation dans le contrat de bail commercial ayant pour objet la charge de l'obligation de désamiantage. La cour d'appel, rendant une décision très classique, considère, qu'eu égard à son obligation essentielle de délivrance, le bailleur doit assumer cette obligation, et tous les travaux en découlant. Mais la cour d'appel informe les parties qu'une clause précise, contraire, aurait pu décharger ce dernier « *en tout ou partie d'une de ses obligations essentielles* »¹⁵¹⁰.

Avec le nouvel article 1170 du code civil, cette décision ne pourrait plus être rendue. En application de l'article 1719 du code civil, délivrer et entretenir le local en bon état est une obligation essentielle. La complémentarité des articles 1170 et 1719 ne faisant que peu de doute, il appartiendra à la jurisprudence de se positionner clairement.

586. L'intégration de cette nouvelle législation va, sans doute, conduire à la sanction de nouvelles clauses illicites.

B) Sanction des clauses privant de substance l'obligation essentielle

587. Puisque le nouvel article 1170 risque de s'appliquer, très clairement, aux baux commerciaux, reste donc maintenant la question de la sanction. Trois questionnements semblent, à cet égard, se dégager selon nous. Le premier est relatif à la lettre du texte, le second

¹⁵⁰⁸ Cf Cass. Com. 13 fevr. 2007, pourvoi n°05-17.407, Bull. 2007, IV, N° 43

¹⁵⁰⁹ CA Paris, 1-8, du 20 janvier 2017 n°16/03145

¹⁵¹⁰ Barbier J.-D., *ibidem*

à la coordination entre l'article 1170 et l'article 1171 du code civil, le troisième enfin à l'incidence de la sanction du réputé non écrit sur le contrat.

588. Clauses visées à la lettre du texte. – Dans ce nouveau texte, nous relevons la référence, qui y est faite, à « *toute clause* »¹⁵¹¹. Il s'agit, dès lors, de chercher à comprendre ce que semble viser le nouvel article du code civil. Selon nous, celui-ci vise, simplement et spécialement, l'arrêt Chronopost. La jurisprudence en découlant ne s'appliquait qu'aux clauses exonératoires. Nous considérons que le législateur souhaite, ainsi, élargir le champ d'application de l'obligation essentielle. Par conséquent, toutes les clauses contractuelles pourraient potentiellement se voir appliquer l'article 1170 du code civil. Pourraient donc être concernées bon nombre de clauses figurant dans les baux commerciaux.

589. Place de l'article 1170, cohabitation avec l'article 1171. – La seconde question qui ressort du nouveau texte, moins clairement lisible selon nous, est relative à la place de l'article 1170 dans la globalité du nouveau droit des contrats et, plus précisément, à sa cohabitation avec le nouvel article 1171 dont nous avons déjà beaucoup parlé. Certains auteurs n'ont, parfois, pas saisi l'intérêt de prévoir deux articles, différents, visant tous deux à rétablir l'équilibre du contrat. Plusieurs ont, en effet, « *fait valoir que le texte sur l'obligation essentielle aurait pu se suffire à lui-même, ce qui aurait évité l'introduction des clauses abusives* »¹⁵¹². Nous considérons, toutefois, que leurs champs d'application, à première vue, ne sont pas les mêmes. L'article 1171 du code civil ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion, et son champ d'application est nettement plus restreint, par le législateur lui-même, que celui de l'article 1170.

L'objectif des textes étant, néanmoins, relativement similaire, il est permis de s'interroger sur la possibilité que ceux-ci puissent sanctionner une même clause ou, au contraire, que le juge n'ait la possibilité d'appliquer l'article 1170 qu'aux seules situations « autres » que le contrat d'adhésion. Dit plus schématiquement, il s'agirait de se demander si l'article 1170 est l'affaire des contrats de gré à gré, et l'article 1171 des autres contrats. Nous ne pouvons, à l'heure actuelle, et malgré la phase de ratification passée, pas apporter de réponse à cette question.

Néanmoins, rien dans l'élaboration de la loi, ou dans les débats postérieurs, n'a laissé entendre que l'esprit de loi était de respecter une telle répartition. Dès lors, certaines stipulations

¹⁵¹¹ Mekki M., *ibidem*

¹⁵¹² Gaudemet S., « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats conc. consom.* n° 5, mai 2016

pourraient très bien, à la fois être sanctionnées par l'article 1170 et par l'article 1171. En revanche, pour certains auteurs, « *une clause qui crée un déséquilibre significatif n'est pas une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle* »¹⁵¹³. Pour d'autres, opérer une telle répartition, reviendrait à confier à l'article 1170, un rôle de « *contrôle, non pas de tout déséquilibre contractuel, mais des seules clauses qui entravent la réalisation de la fin poursuivie* »¹⁵¹⁴. Ce sera donc à la jurisprudence, probablement, de clarifier la répartition, si celle-ci est bien réelle.

590. Portée incertaine du réputé non écrit. – Enfin, notre dernier questionnement est relatif à la sanction applicable découlant de l'article 1170. Celui-ci rejoint un débat, non tranché en jurisprudence, à savoir l'ablation par le réputé non écrit de la seule stipulation illicite ou de la totalité de la clause. Pour faire le lien avec les baux commerciaux, cela nous ramène, une fois de plus, à l'exemple de la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse. La clause est désormais réputée non écrite, cela ne pose pas de problème. En revanche, la question de la portée du réputé non-écrit reste encore à trancher. On sait que la Cour d'appel de Versailles a tendance à réputer une telle clause non-écrite « partiellement », la Cour d'appel de Paris dans « son entier », et que la Cour de cassation se range généralement encore derrière l'avis des juges du fond¹⁵¹⁵. Dès lors, « *sous couvert de respecter un équilibre contractuel entre le bailleur et le preneur, la sanction du réputé non écrit, instaurée par l'article 1170 du code civil, crée une grande instabilité juridique puisqu'aucun délai de prescription n'est applicable à l'action en constatation du caractère non écrit de la clause* »¹⁵¹⁶.

La future jurisprudence, rendue sur le fondement de l'article 1170, permettra peut-être d'apporter une réponse à ce questionnement. D'autre part, peut-être visera-t-elle d'autres obligations que la seule obligation de délivrance du bailleur.

Paragraphe 2- Les obligations essentielles dans le bail commercial

591. Deux questions se posent désormais. L'article 1170 du code civil a-t-il vocation à s'appliquer à d'autres obligations que celle de délivrance ? Dit autrement, quelles sont les obligations essentielles du bail commercial ? (A) Au vu de notre raisonnement, il sera possible de prévoir des futurs effets négatifs dans le comportement des parties (B).

¹⁵¹³ Mekki M., *ibidem*

¹⁵¹⁴ Gaudemet S., *ibidem*

¹⁵¹⁵ Barbier J.-D., note sur Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2016, pourvoi n° 14-24681, GP n° 258, 1er mars 2016, p. 66

¹⁵¹⁶ Machinet G., « Baux commerciaux et obligations essentielles : le contrôle du juge renforcé », *lexplicité.fr*, 3 mars 2017

A) Les « autres » obligations essentielles résultant de la signature du bail commercial

592. Avant-propos. – Il s’agit, à titre préliminaire, d’expliquer pourquoi il nous apparaît possible de passer d’une seule obligation essentielle, à savoir l’obligation de délivrance du bailleur, à plusieurs obligations essentielles. Ce raisonnement existe puisque la lettre de l’article 1170 du code civil n’est pas la copie conforme de la règle issue de la jurisprudence Chronopost, ou de celle relative, plus simplement, à l’obligation de délivrance du bailleur. L’insertion de la notion de substance, très portée semble-t-il sur les incidences pratiques et économiques du contrat pourrait laisser penser à une diversité d’obligations essentielles.

593. Les obligations essentielles seraient celles de l’article 1719. – Au lendemain de l’entrée en vigueur du texte, les premiers avis ont été raisonnables. La majorité des auteurs ont pris le parti¹⁵¹⁷ de considérer que toutes les obligations essentielles du bailleur seraient contenues dans le seul article 1719 du code civil, précédemment cité. Ainsi ne seraient concernées que l’obligation de délivrance, l’obligation d’entretien et l’obligation de permettre à son preneur de jouir, paisiblement, du local commercial pendant la durée du contrat. L’application de l’article 1170, à cette dernière obligation, pourrait alors permettre de sanctionner les clauses dites de « souffrance », clauses obligeant le locataire à supporter les troubles liés aux travaux du bailleur.

Selon Monsieur Monéger, si cette « *idée pourrait prospérer* », dans la mesure où l’article 1719 du code civil a justement pour fonction de préciser « *les obligations du bailleur attachées à la nature du contrat* »¹⁵¹⁸, il s’agirait cependant de s’assurer que toutes ces obligations sont bien compatibles avec l’application de l’article 1170 du même code. Cela ne fait pas énormément de doute pour l’obligation de délivrance qui est donc consacrée, en jurisprudence, comme étant essentielle¹⁵¹⁹. Mais le doute est permis pour les autres obligations, d’autant que le législateur a utilisé le « singulier » dans l’article 1170 du code civil.

Toutefois, l’utilisation de ce « singulier » ne semble pas devoir être analysé comme ayant une vocation comptable, mais uniquement comme une façon de qualifier la nature de l’obligation. A ce titre, la plupart des commentaires considèrent que la « *liste des obligations de l’article 1719 du Code civil pourrait parfaitement être considérée comme renfermant toutes les*

¹⁵¹⁷ Barbier J.D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : l’obligation essentielle », GP n°25, 5 juillet 2016, p.23

¹⁵¹⁸ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com 2016, p.427

¹⁵¹⁹ Cass. civ. 3e, 9 juill. 2008, pourvoi n° 07-14.631, Bull. civ. III, n° 121

obligations essentielles, et toute clause qui porterait atteinte à ces obligations pourrait être réputée non écrite »¹⁵²⁰.

594. Les clauses pouvant être réputées non écrites. – Se pose, dès à présent, la question de savoir quelles clauses au sein du bail commercial pourraient être réputées non-écrites par le juge. En vertu de la jurisprudence fondée sur l'article 1719 du code civil, ce serait le cas d'une stipulation déchargeant le bailleur de son devoir d'entretien, ou de celles faisant du contrat un « bail triple net », par lequel le locataire devrait faire son affaire personnelle de l'ensemble des travaux et des taxes. Dans ces « baux triple net », ou « baux investisseurs », on peut ainsi s'interroger sur la manière dont le juge analysera ces stipulations et dans quelles situations, celui-ci, pourra considérer une clause comme vidant de substance l'obligation essentielle du contrat. Cela pourrait, en effet, bouleverser l'équilibre conventionnel, économique et financier du bail commercial¹⁵²¹.

A titre d'exemple, si celle-ci était reconnue comme essentielle, l'obligation de jouissance paisible pourrait, très bien, remettre en cause la clause, très courante dans les baux de centres commerciaux, permettant au bailleur de modifier la chose louée, à tout moment, et quelle que soit la durée des travaux. La disposition le dispensant d'entretien des parties communes paraîtrait également parfaitement sanctionnable.

595. Déroger, partiellement, à l'obligation de délivrance pour déroger à certaines obligations essentielles ? – Pour réduire le risque de voir certaines stipulations réputées non écrites, certains ont pu penser possible de déroger, partiellement, à l'article 1170 du code civil¹⁵²². Si l'on peut admettre pareil point de vue, alors tout est dans la question du caractère partiel de la dérogation. En fait, cette réflexion, menée sur le « partiel », est apparue parce que l'obligation de délivrance du bailleur n'est, en vérité, et contrairement à ce que certains auteurs ont pu écrire, pas intégralement comprise dans l'article 1719 du code civil qui est, lui, de jurisprudence acquise, d'ordre public.

L'article 1719 est en effet complétée par un article 1720 selon lequel « *le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce* » : cet article est considéré comme étant supplétif. Forts de ce caractère supplétif, « *certain auteurs ont envisagé que le bailleur*

¹⁵²⁰ Mekki M., *ibidem*

¹⁵²¹ Machinet G., *ibidem*

¹⁵²² Point de vue de Sidier N., Pouliguen-Mandrin A., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le statut des baux commerciaux », *Business Immo Juridique*, octobre 2016

*puisse convenir d'une dérogation partielle à son obligation, dans la mesure où celle-ci est mentionnée clairement et justifiée par une ou des contreparties »*¹⁵²³. Cependant, à y regarder de plus près, force est de constater que les obligations revenant au bailleur en vertu de l'article 1720 ressemblent, énormément, à l'obligation essentielle du bail commercial, à savoir tout simplement l'obligation de délivrance ...

Nous ne saurions que trop recommander au bailleur, tenté de s'aménager un avantageux régime contractuel par une « astucieuse » combinaison des deux articles, remettant en cause son obligation de délivrance, d'y réfléchir à deux fois ! En effet, la Cour de cassation refuse désormais systématiquement pareille pratique, considérant que « *la clause selon laquelle le preneur prend les lieux dans l'état où ils se trouvent ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance* », et ce même lorsque la cour d'appel juge au préalable « *que si le bailleur se doit de satisfaire à son obligation de délivrance, il peut se dispenser de l'obligation de délivrer des locaux en bon état de réparation par une convention* »¹⁵²⁴.

Exclure ce nouveau mécanisme nécessitera, probablement, de ruser, et d'aménager le bail commercial encore plus astucieusement.

B) Ruser avec la condition essentielle dans la rédaction du contrat : solution vouée à l'échec en cas de déséquilibre

596. Dans cette idée, les parties pourraient être tentées de créer une obligation essentielle (1), ou d'abuser du caractère essentiel d'une obligation (2).

1- L'impossibilité, au vu de la jurisprudence, de « créer » une obligation essentielle par le jeu de la condition essentielle

597. Obligation ou condition essentielle. – « *Il est expressément convenu, comme constituant une condition essentielle et déterminante du présent bail, sans laquelle il n'aurait pas été consenti, que le preneur renonce pendant toute la durée du présent bail à faire fixer judiciairement le loyer à une somme inférieure au loyer contractuel défini ci-dessus, même dans le cas où la valeur locative se révélerait inférieure au loyer contractuel* »¹⁵²⁵.

¹⁵²³ Ibidem

¹⁵²⁴ D'ailleurs en ce sens, au visa des articles 1719 et 1720 du code civil : Cass., civ. 3^e, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-19.037, Bull. 2002 III N° 123 p. 109 ; Cass. civ. 3^e, 20 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.854

¹⁵²⁵ Flash Defrénois, « Loyer commercial : sort des clauses de renonciation à la révision par le preneur », Defrénois n°16, 24 avril, 2017, p.1

Cette dernière clause, issue d'un contrat de bail commercial, illustre parfaitement la tentation de l'aménagement contractuel, consistant à créer, de manière artificielle, une clause (ou obligation) essentielle pour les parties. Les parties ne doivent, pourtant, pas faire une confusion entre « obligation essentielle » et « condition essentielle ». Si l'une a vocation, à n'en pas douter, à résister et à être conservée par le juge dans le contenu du contrat sous couvert de cohérence, l'autre, déjà peu efficace actuellement en pratique ainsi qu'en jurisprudence, n'a selon nous pas les mêmes perspectives d'avenir.

598. Sanction généralisée des clauses abusives. – Si certains auteurs, comme Monsieur Delpérier¹⁵²⁶, se posaient la question de savoir si les modifications opérées par l'ordonnance de 2016 auraient réellement pour effet de rendre le juge plus soucieux de l'équilibre général du contrat, notamment parce que la cause, élément permettant de vérifier la raison d'être du contrat¹⁵²⁷, disparut du droit commun, il nous apparaît que cette considération, plus que jamais, semble être la priorité du législateur.

La notion de cause disparaît, certes, mais de nouvelles notions apparaissent, celles-ci consacrant les anciens effets de l'application de cette ancienne notion. Le juge ne portera pas, uniquement, attention à l'équilibre du contrat, pensé sous le prisme de la négociabilité, il contrôlera cet équilibre selon l'analyse « *clause par clause* »¹⁵²⁸. Cela pourrait produire une « *sanction généralisée des clauses abusives dans tous les contrats* »¹⁵²⁹, pourquoi pas allant jusqu'à la sanction du loyer trop élevé, pour les baux commerciaux¹⁵³⁰, non concerné directement par le déséquilibre significatif de l'article 1171 du code civil dont le prix est exclu.

599. Ne pas rendre incertaine la réalisation d'un élément essentiel. – La jurisprudence Chronopost est intégrée au code civil, certes, mais le législateur souhaite que cette intégration soit conditionnée par la présence dans le contrat, relevée par le juge, d'une clause privant de sa substance l'obligation essentielle. Le contrôle du juge est, à ce titre, légèrement encadré et restreint. Dès lors, celui-ci modifiera légèrement son appréciation de la clause, dans la mesure

¹⁵²⁶ Delpérier J.-M., « L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...) », JCP N n° 47, 20 Novembre 2015, 1209

¹⁵²⁷ Roffa R., « Juste cause et injuste clause, Brève remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 335

¹⁵²⁸ Champalaune C., « Réforme du droit des contrats : revenir à l'esprit du code en l'adaptant au monde d'aujourd'hui », JCP N n° 15, 2015

¹⁵²⁹ Delpérier J.-M., *ibidem*

¹⁵³⁰ Gallardo E., obs. sur Cass. civ. 3^e, 9 mars 2010, pourvoi n° 08-70.311, « Nullité du bail pour un prix dérisoire », Loyers et copr. 2009, étude 3

où il doit, désormais, s'appliquer à vérifier que la suppression d'une clause n'ait pas, elle-même, pour effet de rendre non valable une obligation essentielle¹⁵³¹.

Ainsi, pour reprendre l'exemple précédemment cité de la clause suspensive conditionnant la cession d'un bail commercial à la signature d'un nouveau bail commercial¹⁵³², la sanction de cette condition n'invalide pas le contrat puisque l'objet principal de celui-ci reste la transmission du contrat. Ce qui tend à dire que, de manière générale, la clause insérée par les cocontractants en tant que condition essentielle ne doit pas rendre incertaine la réalisation d'un élément essentiel de la convention.

600. Interprétation restrictive du juge. – Enfin, rappelons que « *les clauses aménageant les obligations de délivrance et d'entretien du bailleur sont d'interprétation restrictive* »¹⁵³³. Cela pousse déjà la Cour de cassation à sanctionner la clause du bail commercial, en vertu de laquelle « *la réalisation de ces travaux constituant une condition essentielle du bail renouvelé* »¹⁵³⁴ qui justifiait, selon le bailleur, que le locataire continue de prendre à sa charge l'intégralité des travaux. La même solution s'applique à la clause faisant d'une obligation essentielle « *l'adhésion du preneur à l'association des commerçants du centre Art de vivre d'Eragny Val d'Oise (l'association) dans lequel est situé ce local commercial* »¹⁵³⁵.

601. Clause restrictive de responsabilité (du bailleur). – Tous ces principes auront peut-être un effet stabilisant sur deux cas de figure, concernant les baux commerciaux, qui suscitent, parfois, si ce n'est l'incompréhension au moins le désappointement. Le premier concerne la stipulation d'une clause dédouanant le bailleur de toute responsabilité, très présente notamment dans les centres commerciaux. Selon Monsieur Seube, la réforme « *ne fait que rappeler le danger à stipuler des clauses complètement évasives de responsabilité* »¹⁵³⁶. Pourtant de telles clauses sont bien admises, actuellement en jurisprudence, notamment lorsqu'elles sont limitées à seulement quelques types de manquement. Ce phénomène jurisprudentiel a fait dire à Monsieur Genicon que nous étions « *à l'heure de la liberté* »¹⁵³⁷ en ce qui concerne ces clauses

¹⁵³¹ Barbier H., « Nullité de la condition portant sur les éléments essentiels du contrat », RTD civ. 2016. 122

¹⁵³² Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, pourvoi n° 14-20.096, Sté Enlux c/ Sté Banque Chaix, JurisData n° 2015-023488

¹⁵³³ Seube J.-B., « Les clauses aménageant les obligations de délivrance et d'entretien du bailleur sont d'interprétation restrictive RDC n°2, avril 2013, p. 633

¹⁵³⁴ Cass. civ. 3^e, 7 avril 2010, pourvoi n° 08-21.483

¹⁵³⁵ Cass. civ. 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.878, inédit

cf Dumont-Lefrand M.-P., « Conséquences de l'annulation de la clause obligeant un locataire à adhérer à une association », AJDI 2010, 800

¹⁵³⁶ Seube, ibidem

¹⁵³⁷ Genicon T., « Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté », RDC n°02, juillet 2014 p. 176

limitatives et à Monsieur Mazeaud que la Cour de cassation faisait « *preuve désormais d'une certaine constance en cette matière, convertie qu'elle paraît être aux vertus des clauses de responsabilité dans les contrats* »¹⁵³⁸. En effet la Cour considère que la clause ne prive pas de ses effets l'obligation essentielle, lorsque les clauses ne sont applicables qu'à des fautes clairement définies au contrat¹⁵³⁹.

602. Invalidité, totale ou partielle, de la clause d'indexation asymétrique. – Le second cas de figure concerne une nouvelle fois les clauses d'indexation ne variant qu'à la hausse. Si la Cour n'hésite pas à indiquer que « *l'indication qu'elle (la clause d'indexation) constitue une condition essentielle et déterminante du consentement est inopérante* »¹⁵⁴⁰, elle ne se positionne, actuellement, toujours pas clairement sur l'invalidité partielle ou totale de ladite clause. Certains auteurs relèvent néanmoins que, dans la majorité des cas, la Cour considère que « *l'éradication partielle préserve l'équilibre contractuel et la volonté des parties* »¹⁵⁴¹.

603. Clause d'essentialisation. – Parlons, enfin, de la pratique de la clause dite « *d'essentialisation* » selon laquelle « *toutes les clauses et stipulations du présent acte constituent des conditions essentielles des présentes, sans lesquelles les parties n'auraient pas contracté, et dont la suppression d'une seule d'entre elle, emportera la nullité de l'ensemble du contrat* »¹⁵⁴². Nous rejoignons l'avis de Monsieur Seube qui considère que cette clause est à prescrire. Elle a l'effet, néfaste pour le contrat, de ne plus faire de distinction entre les clauses réellement importantes pour les parties, et les clauses seulement accessoires.

604. Il ne nous apparaît donc pas possible de jouer à outrance avec le terme d'essentiel, et donc de créer la confusion dans l'esprit de celui qui lit le contrat, à savoir en définitive le juge, puisque ces clauses lui sont destinées principalement. Le seul conseil pratique qui peut être donné aux rédacteurs de contrats est de porter à la connaissance de l'autre partie les effets de la clause et de s'en aménager une preuve. De plus, le rédacteur doit tout faire pour maintenir la réciprocité dans le contrat, éviter l'incertitude et les pouvoirs unilatéraux. Enfin, les parties doivent prendre la peine de tout contextualiser dans le contenu même du contrat. Le juge aura

¹⁵³⁸ Mazeaud D., « Clauses de responsabilité : et toujours modérément ! », D. 2013. 2142

¹⁵³⁹ cf Cass. Com. 4 mars 2008, pourvoi n° 06-18.893

¹⁵⁴⁰ Velardocchio D., « Nouvel échec de l'aménagement asymétrique d'une clause d'échelle mobile », Ess. DIU n°06, juin 2017, p. 2

¹⁵⁴¹ Maulard S., « À propos de l'invalidation des clauses d'indexation : haro sur l'effet papillon », GP n°11, 20 mars 2018, p. 48

¹⁵⁴² Seube J.-B., *ibidem*

sans doute beaucoup moins de facilité à considérer une seule clause comme pouvant priver de substance la/les obligation(s) essentielle(s) du contrat de bail commercial.

Le nouvel article 1170 ne définissant pas de prescription pour permettre au cocontractant d'agir contre une clause privant l'obligation essentielle de sa substance et pour réputer non écrite pareille stipulation, propriétaires et locataires commerciaux risquent de vivre de pénibles années faites d'imprévisibilité et de risques juridiques. A défaut de pouvoir s'appuyer sur une solution jurisprudentielle bâtie et sûre, mieux vaudrait justement conseiller aux parties de ne pas prendre de risques et de ne pas multiplier les manœuvres frauduleuses.

2- La possibilité d'abuser d'une obligation essentielle : une manœuvre frauduleuse déséquilibrant le bail commercial

605. Pour conclure ce chapitre relatif à la cohérence du contrat, il nous apparaît important de relever un arrêt très intéressant rendu par la cour d'appel de Montpellier¹⁵⁴³, relevé notamment par Monsieur Albiges¹⁵⁴⁴. Il est particulièrement intéressant, tant il est question, dans ce petit arrêt, d'équilibre des obligations, d'une part, de la présence d'un « preneur professionnel » et d'un « bailleur profane », d'autre part, et d'une pratique contractuelle déroutante usant de la condition portant sur la substance de l'obligation essentielle d'un contrat de bail commercial. Il montre, à lui-seul, toute l'ingéniosité des parties, et leur capacité d'adaptation aux nouveaux principes jurisprudentiels et légaux.

606. Locataire professionnel. – En l'espèce, le locataire qui connaît, visiblement, mieux le droit des baux commerciaux que son bailleur, sait qu'un preneur ne peut être privé de son indemnité d'éviction : c'est en fait une obligation essentielle du bailleur puisqu'elle porte sur le droit au renouvellement du commerçant. Nous affirmons, dans cette affaire, que locataire du bail commercial est un locataire professionnel, parce que celui-ci est une « *société spécialisée dans la gestion des résidences de tourisme* » : il est difficile de trouver un locataire plus professionnel.

607. Renonciation stratégique au droit d'indemnité d'éviction. – Le preneur insère, volontairement, une clause dans le bail commercial par laquelle il renonce expressément à son droit d'indemnité d'éviction. Il est, dans ce cas, déconcertant de voir un locataire, parfaitement

¹⁵⁴³ CA Montpellier 1^{er} ch Sect. C 10 janvier 2017 n° 14/06714

¹⁵⁴⁴ Albiges C., « Action en nullité du contrat de bail commercial à la suite du dol commis par le preneur professionnel à l'encontre du bailleur profane », GP n°20, p.34

au fait du droit des baux commerciaux, de renoncer à pareil droit. En vérité, celui-ci ne le fait non pas pour faire annuler le contrat (pour dol en l'espèce) mais, concrètement, pour faire croire au bailleur qu'en procédant à cette renonciation, il fait un geste à ce dernier.

Nous nous trouvons, en fait, dans un contexte bien particulier, à savoir celui de la négociation du bail commercial. A ce titre, pour accepter ou refuser certaines clauses, les parties négocient et s'octroient des contreparties. Ainsi, le locataire a probablement offert au bailleur le droit de ne pas payer d'indemnisation supplémentaire, en échange je voudrais bénéficier d'une compensation. Cela constitue, par conséquent, une manœuvre malhonnête par laquelle, sous couvert de bâtir une relation « gagnant-gagnant », le locataire arrive finalement à obtenir un contrat déséquilibré en sa faveur.

Le locataire sait parfaitement, qu'une fois arrivés à la fin de leur relation contractuelle, dans le pire des cas de figure, il sera en droit de porter le refus de payer une indemnité d'éviction du bailleur devant les tribunaux. Cette clause figure bien dans le contrat de bail commercial, mais une seule des deux parties croit en ses effets juridiques. Le locataire sait parfaitement, qu'en vérité, celle-ci n'est que « virtuelle ».

608. Manœuvre frauduleuse faisant croire à l'équilibre du bail commercial. – Pourtant, rien ne se passe comme le locataire l'avait prévu. L'affaire est portée devant le juge, et le déséquilibre du contrat est constaté sur un tout autre terrain que celui de l'obligation essentielle, ou même de la clause abusive, puisque le juge constate une manœuvre dolosive. L'arrêt énonce :

« En introduisant avec malignité dans le contrat de bail une clause par laquelle il feignait de renoncer par avance à son droit, consacré par des dispositions d'ordre public, à une indemnité d'éviction en cas de non renouvellement du bail, sachant pertinemment que cette clause était sans portée alors qu'elle était pour le bailleur une condition substantielle du contrat, le preneur (...) a agi dans le dessein de surprendre par la ruse le consentement du bailleur investisseur profane »¹⁵⁴⁵.

Enfin, selon le juge, la clause avait pour effet de faire croire « à un équilibre des obligations réciproques constituant l'économie générale du contrat. Ce comportement s'analyse en une manœuvre dolosive entachant le contrat »¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴⁵ CA Montpellier 1^{er} ch Sect. C 10 janvier 2017 n° 14/06714

¹⁵⁴⁶ Ibidem

609. Conclusion titre 1. – L'arrêt précédent mêle donc, au sein d'une même décision, les notions de « bailleur profane », d'« équilibre des droits et obligations », de « condition », de « substance », d'« ordre public », d'« économie générale du contrat ». Celui-ci nous paraît, en conséquence, conclure parfaitement ce titre, et a le mérite de résumer quelques-uns des principaux enjeux de l'évolution futur de ce statut des baux commerciaux concernant l'encadrement de ce contrat. Cet encadrement, souvent rigoureux, n'est cependant pas opposé de manière rédhibitoire à l'apport de souplesse nécessité par l'exécution du bail commercial (**Titre 2**).

Titre 2 – La souplesse conventionnelle : le maintien de l'équilibre du bail commercial

610. Même dans un contrat qui prône « *l'équilibre contractuel* », il ne peut y avoir « *égalité* » : une « *certaine élasticité s'impose* »¹⁵⁴⁷.

611. A travers l'évolution historique du bail commercial, depuis 1909, on comprend que le statut n'avait, et n'a toujours, qu'un seul objectif : il s'agit d'encadrer les relations contractuelles entre le bailleur et le locataire. En observant leurs rapports, on peut relever une double idée. La première est que le bailleur et le locataire sont liés par un intérêt commun, à savoir celui de la prospérité de la valeur du local et du fonds de commerce exploité. Mais d'un autre côté, leurs intérêts sont diamétralement opposés, le bailleur souhaitant amortir le coût d'achat de son bien¹⁵⁴⁸, en augmentant les loyers, et le preneur souhaitant limiter ses frais, en essayant d'assumer le moins de charges, et d'obligations, possible.

612. Tel que nous l'expliquions en première partie de thèse¹⁵⁴⁹, cette différence se retrouve dans la permanente opposition de leurs droits respectifs : le bailleur jouit d'un droit de propriété sur son immeuble, reconnu par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹⁵⁵⁰ et ayant valeur constitutionnelle¹⁵⁵¹, et le législateur reconnaît au preneur le « droit à la propriété commerciale », notion largement débattue en doctrine mais admise encore aujourd'hui. En matière de baux commerciaux, cette confrontation est constante et la protection du locataire, au sein de ce rapport, conduit parfois à porter atteinte au droit de propriété du bailleur.

613. Il y a quelques années, à l'été 2014, la loi a fixé de « *nouvelles règles du jeu* »¹⁵⁵² entre bailleurs et locataires. Il est donc intéressant, après avoir analysé certaines nouvelles dispositions, après avoir déjà pris connaissance de l'étendue des droits et obligations du locataire et de son bailleur, et après avoir décelé l'étendue de la protection dont le preneur

¹⁵⁴⁷ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016, p.427

¹⁵⁴⁸ Dejoie A., « Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial », AJDI 2009, p. 289

¹⁵⁴⁹ Supra n° 27 et s.

¹⁵⁵⁰ Art. 2 de la DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

Art. 17 de la DDHC : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

¹⁵⁵¹ Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 du 16 janvier 1982.

¹⁵⁵² Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises

dispose, ainsi que la marge de liberté contractuelle que le bailleur essaie de rentabiliser, d'analyser les autres modifications opérées par les dernières réformes pour connaître la marge de manœuvre dont les parties disposent, en prenant ainsi connaissance d'une étude globale.

614. Dès la publication du rapport Pelletier de 2004, le besoin de souplesse des entreprises est déjà signalé. Il y est mis en avant que la flexibilité du statut doit permettre « *aux marchés immobiliers français de prendre une position prépondérante en Europe Occidentale* », par rapport « *aux régimes locatifs d'autres pays* ». Le rapport ajoute que les « *souplesse qu'offre le statut* » ne doivent « *pas être considérés comme des handicaps* »¹⁵⁵³ ce qui semble être un appel à changer la façon de penser ou de pratiquer le bail commercial.

Il est vrai que les relations bailleur-preneur ont beaucoup muté depuis 1953, année de création du statut, ou depuis 1959, année de première réglementation sur l'encadrement du loyer. Dans leur relation contractuelle, le propriétaire du local et le locataire de celui-ci ont dû apprendre à passer outre, dans un premier temps en tout cas, la méfiance que leur inspirait le contexte locatif, et à penser, avant tout, à leurs intérêts respectifs. Cela nécessite, d'une part, de penser l'autre cocontractant comme un partenaire économique et, d'autre part, à se servir de la souplesse parfois offerte par le statut, paraissant pourtant très rigide, comme d'un « outil juridique ».

615. A ce titre, louons les qualités du statut qui, à l'image de son principe de résiliation et de révision triennale, se définit par sa solidité, son formalisme précis, et sa grande capacité à protéger les parties. Mais il est également possible de lui reprocher, principalement, de ne pas évoluer suffisamment pour prendre en compte la diversité des profils des parties ou les grandes différences que revêtent les multiples activités commerciales de notre époque. Dès lors, c'est la pratique du droit des baux commerciaux qui doit permettre de répondre aux exigences de l'économie du XXI^e siècle.

616. Lorsqu'ils concluent leur contrat de bail commercial, bailleur comme preneur n'envisagent pas, encore, quels événements vont venir perturber leur relation et rendre certaines conditions du contrat irréalisables. Ces imprévus imposent aux parties d'adapter leur contrat ou de trouver les solutions, que n'offre pas le statut des baux commerciaux, en dehors du contrat. Il apparaît ainsi intéressant de prendre en considération le fort aspect humain, présent dans cette relation commerciale si particulière, afin de changer la façon de penser celle-ci, comme nous y

¹⁵⁵³ Pelletier P., « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Ministère de la Justice, Avril 2004

invitait, déjà, le rapport Pelletier il y a de cela plus de dix ans. Après tout, ne parlons-nous pas déjà de la « *dimension humaine et sociale de l'entreprise* »¹⁵⁵⁴ ? Peut-être assistons-nous aux prémices de cette prise en compte, dans la dernière réforme du droit des contrats. En effet, selon certains auteurs, si « *à travers la liberté contractuelle, la dimension libérale du contrat est affirmée* », celle-ci est « *immédiatement contrebalancée, et donc atténuée, par une dimension morale* »¹⁵⁵⁵.

L'apport de souplesse, nécessaire à l'équilibre permanent du bail commercial, nous semble devoir être étudié, d'une part, dans la collaboration des parties selon une nouvelle forme de philosophie contractuelle (**Chapitre 1**) et, d'autre part, dans l'évolution du bail commercial (**Chapitre 2**).

¹⁵⁵⁴ Mestre J., « Le Fonds de Commerce : un centenaire à rajeunir ! », GP n°155, 4 juin 2009, p.113

¹⁵⁵⁵ Mekki M., « Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire », GP 30 avril 2015, p. 603

Chapitre 1- La souplesse par la collaboration des parties : bail commercial et solidarisme contractuel

617. Intérêt du solidarisme contractuel. – « *Continuez-vous à soutenir que chaque individu, que vous refusez d'incarner, est le meilleur défenseur de ses propres intérêts autrement qu'à titre de postulat métaphysique ?* »¹⁵⁵⁶.

Le solidarisme contractuel, selon Monsieur Mekki, correspond à une façon de « *penser le contrat autrement* »¹⁵⁵⁷. Ce serait même, pour les parties, une « *voie de secours* » pour gérer au mieux leur relation contractuelle, sortir d'une situation périlleuse et anticiper les prochaines à venir. Il s'agirait, selon Monsieur Mazeaud, de faire de la loyauté, la solidarité et la fraternité, « *la nouvelle devise contractuelle* »¹⁵⁵⁸.

Cette théorie de la loyauté contractuelle, apparue au début du siècle dernier, met en avant « *le lien qui unit l'organisation sociale et le droit des contrats* »¹⁵⁵⁹, proposant ainsi un intermédiaire entre solidarisme et libéralisme. Dans cet esprit, la « *connexion sociale* »¹⁵⁶⁰ qui lie les parties à un contrat est déterminante. Elle ne prend pas le dessus sur le contrat, mais le conditionne¹⁵⁶¹. On cherche, en réalité, à « *bâtir un droit des contrats fondé sur un postulat d'inégalité entre les parties* »¹⁵⁶², pour faire ressurgir l'équilibre, non apporté par la rigidité d'un cadre légal sécuritaire, en apportant de nouveaux moyens aux parties : il pourra s'agir de la bonne foi, d'un nouveau mode d'information, de règles apportant plus de transparence et d'adaptabilité au contrat, ou encore d'une immixtion du juge facilitée.

618. L'équilibre par la souplesse du contrat, et non les seuls principes fondamentaux.

– Cette approche semble adaptée au contrat qui nous concerne, à savoir le bail commercial. Notre étude a, en effet, déjà pu montrer que celui-ci est par nature déséquilibré¹⁵⁶³ et qu'il s'agirait de rechercher l'équilibre, ailleurs que dans le statut, ou en dehors de ses seuls principes fondamentaux.

¹⁵⁵⁶ Jamin C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », LGDJ 2001, p. 441

¹⁵⁵⁷ Mekki M., « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC n°1, janvier 2010, p.383

¹⁵⁵⁸ Mazeaud M., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Mélanges F. Terré, 1999, p. 603

¹⁵⁵⁹ Mekki, ibidem

¹⁵⁶⁰ Brunot C., « La solidarité sociale comme principe des lois », compte-rendu Académie des sciences morales et politiques, 1903

¹⁵⁶¹ Jamin C., « La nouvelle crise du contrat », collection Actes, thèmes et commentaires, Dalloz, 30 janvier 2003, cité par Mekki M., ibidem

¹⁵⁶² Jamin C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », ibidem

¹⁵⁶³ Supra n° 29

Selon quelques auteurs, cette nouvelle philosophie contractuelle est, déjà, présente dans la plupart des décisions récentes de la Cour de cassation, rendues sur le fondement, et l'application, du principe de bonne foi, « *au stade de la négociation du contrat, de sa conclusion, de son exécution et de son extinction* »¹⁵⁶⁴. Monsieur Mazeaud a, à ce titre, pu dégager les principaux principes de loyauté contractuelle déjà appliqués par la Cour¹⁵⁶⁵ : il s'agirait de la transparence, de la cohérence, et de la coopération.

Par une telle philosophie on tendrait à promouvoir la dimension humaine du bail commercial (**SECTION 1**). Pourtant, nous constatons, dans les dernières réformes, un phénomène d'unilatéralisme grandissant dans le contrat, celui-ci risquant d'impacter de manière notable le droit des baux commerciaux (**SECTION 2**).

SECTION 1 - LA DIMENSION HUMAINE DU BAIL COMMERCIAL

619. Beaucoup font déjà référence à la « *dimension humaine* »¹⁵⁶⁶ du bail commercial. En effet, la seule « protection » d'une partie, ciblée par le législateur, serait dépassée et n'assurerait pas aux parties d'y trouver totalement leur compte. La protection n'est qu'un mécanisme d'encadrement, elle ne permet pas le développement et la dynamisation du commerce. Les deux aspects sont pourtant importants. Il s'agirait « *d'en finir avec le protectionnisme mais non sans avoir conscience que le marché mondial étant imparfait, le protectionnisme doit se maintenir partiellement* »¹⁵⁶⁷.

620. Contrats consensuels, contrats à exécution successive. – Le droit commun des contrats, même au lendemain de la dernière réforme de 2016, et de sa ratification en 2018, continue de réglementer le contenu et l'équilibre des conventions, uniquement selon que le contrat est un « contrat consensuel » ou selon que le contrat est, ou n'est pas, « à exécution successive ». Ces qualifications ne semblent pas, non plus, permettre d'adapter les régimes existants aux contrats en présence. C'est peut-être, d'ailleurs, la raison pour laquelle les contrats spéciaux se sont, depuis longtemps, progressivement détachés du droit commun, à l'image du bail commercial que l'on pense parfois, à tort, uniquement encadré par le seul statut spécial : le

¹⁵⁶⁴ Mekki M., *ibidem*

¹⁵⁶⁵ Mazeaud D., *ibidem*

¹⁵⁶⁶ Ruet L., « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

¹⁵⁶⁷ Leterre T., « Rougier et le problème de la cohésion sociale », *Philosophia Scientiæ*, CS7, 2007

code civil n'envisage, historiquement, que des conventions par nature équilibrées, quand les régimes spéciaux, à l'inverse, encadrent des situations naturellement déséquilibrées¹⁵⁶⁸.

621. Contrats-permutation, contrats-concentration, contrats-coopération, contrats de subsistance. – Sont apparues, progressivement, des nouvelles appellations de contrats dans lesquels les intérêts respectifs des cocontractants sont pourtant souvent opposés mais qui cherchent à organiser une relation quasi « partenariale ». Ont, ainsi, été étudiés en doctrine les « *contrats-permutation* », les « *contrats-concentration* », ou les « *contrat-coopération* »¹⁵⁶⁹.

Dans leur ouvrage « *Life Time Contracts* »¹⁵⁷⁰, Messieurs Nogler et Reifner proposaient une nouvelle catégorie de contrats, à la fois à dimension humaine et à exécution successive. Ceux-ci, s'exécutant sur le long terme, sont fondés sur le principe de protection de la partie faible. Madame Fabre-Magnan¹⁵⁷¹ appelle ces mêmes contrats les « *contrats de subsistance* » et met dans cette catégorie les contrats de baux puisque le locataire y trouve évidemment le moyen de « subsister ».

Si l'objectif de protéger la partie faible peut paraître dépasser, notamment au vu du nouveau profil des parties, en ce qui concerne les baux commerciaux elle permet d'assurer la pérennité et la stabilité du commerce. C'est la prise en compte de ce second objectif qui justifie le régime protecteur du statut spécial plutôt que le recours à l'esprit libéral du droit commun. Le statut se propose donc de sauver ce que le code de commerce appelle, s'agissant de la rupture contractuelle, « *les relations commerciales établies* »¹⁵⁷².

622. Le statut des baux commerciaux encadre des relations dans lesquelles les aspirations économiques sont bien dissemblables. Dans un premier temps, notre analyse se propose, pourtant, d'étudier la collaboration entre preneur et bailleur, eu égard à leurs objectifs communs (*Paragraphe 1*). Dans un second temps, nous verrons à quel point la communication entre les parties, ceci dans un souci de transparence, est importante et déjà encadrée par la loi (*Paragraphe 2*).

¹⁵⁶⁸ Revet T., « Cours de droit civil. Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats », PUF, 2014, p. 33

¹⁵⁶⁹ Lequette S., « Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », thèse Paris 2, Economica, 2012

¹⁵⁷⁰ Nogler L., Reifner U., "Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law", Eleven International Publishing, La Haye, 2014

¹⁵⁷¹ Fabre-Magnan M., « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC n°2, avril 2004, p.573

¹⁵⁷² C. com., Art. L. 442-6-I. 5°

Paragraphe 1- La prise en compte des objectifs communs des parties : une véritable relation commerciale

623. Au fond, le bailleur pourrait concevoir son locataire comme un réel partenaire commercial (A). C'est peut-être ce qui a pu justifier que les dernières réformes aient cherché, par des mesures pouvant parfois être considérées comme contraignante pour le premier, à assurer la stabilité de l'exploitation commerciale du second (B).

A) L'acceptation du co-contractant comme « partenaire commercial » : qualification philosophique dépourvues d'effets légaux pour le bail commercial

624. Le bail commercial étant un contrat unissant deux parties aux intérêts différents (1), il peut être tentant de qualifier la relation en découlant de « partenariat commercial » (2).

1- Le bail commercial : l'union de deux intérêts différents

625. Contrat de longue, voire très longue durée. – Tout comme Monsieur Jacquin, mettons en avant les « *rapports particuliers que bailleur et preneurs entretiennent dans le cadre d'un bail commercial, contrat à exécution successive de longue durée, voire de très longue durée, dans lequel une relation de plusieurs dizaines d'années n'est pas rare* »¹⁵⁷³. Il s'agit, ici, de partir d'un simple constat : bien qu'ayant des intérêts différents, ces deux parties ont tout intérêt à s'entendre pour qu'apparaisse un semblant d'équilibre rendant pérenne leur collaboration. La « bonne santé » du bailleur dépend essentiellement de celle du preneur, et inversement. Sans la prise de risque réalisée initialement par le bailleur, c'est-à-dire son investissement immobilier et la mise en location de son bien, le locataire n'aurait pas eu l'opportunité d'implanter son commerce.

626. Des règles ne permettant pas totalement d'aménager sagement le contrat. – Pour s'entendre et remettre de la « *proportionnalité* »¹⁵⁷⁴ dans leur relation commerciale, les parties doivent changer leur pratique ce qui peut, principalement, se ressentir dans la mise en place de procédés mettant en jeu l'indexation du loyer. Nous verrons, plus tard¹⁵⁷⁵, qu'elle est un des seuls éléments permettant, en faisant évoluer le loyer tout au long de la relation, d'apporter la souplesse nécessaire aux deux parties.

¹⁵⁷³ Jacquin A., « Pourquoi pas l'arbitrage comme solution aux litiges en matière de bail commercial », GP n° 40, 2017, p. 53

¹⁵⁷⁴ Desgorges R., « La proportionnalité dans le droit des contrats », JCP E, n° 47, Novembre 2003, 1630
Et sur la proportionnalité, supra n° 290

¹⁵⁷⁵ Infra n° 751 et s.

Il s'agirait, ainsi, d'abandonner les pratiques abusives du bailleur, par exemple celle du bail « investisseur » ou « triple net », justifiées uniquement par son besoin de rentabilité immobilière. Cela n'apparaît pas évident à l'époque où, dans les centres commerciaux notamment, « *certain bailleurs se préparent (aujourd'hui) à demander un loyer calculé en fonction du chiffre d'affaire réalisé sur internet, un peu comme l'administration fiscale qui cherche toujours à augmenter l'assiette de la taxation* »¹⁵⁷⁶ ...

La difficulté, comme l'expliquait déjà Monsieur Barbier avant la réforme de 2014, vient du fait que les règles du statut ne permettent pas toujours aux parties d'aménager plus soupagement leur contrat de bail commercial. Par exemple, le statut « *précise que la valeur locative dépend du commerce autorisé par le bail. Ce critère est trop éloigné de la réalité économique* »¹⁵⁷⁷. Selon l'auteur, il est par exemple profondément aberrant qu'un restaurant « classique » et un restaurant tel que « McDonald's », qui n'ont absolument pas les mêmes marges, les mêmes rendements et le même chiffre d'affaires, se voient attribuer le même loyer et appliquer les mêmes règles relatives à l'évolution de celui-ci.

627. Investissement, spéculation, chiffre d'affaires, profil rassurant du locataire. – Il s'agirait de s'interroger sur la façon de faire coïncider le besoin de retour sur investissement du bailleur avec l'unique objectif du locataire de développement de son activité, de sa clientèle et de son commerce. Certains ont, à nouveau, vu dans le marché le moyen de répondre à ces questions. En effet, « *contrairement à cette définition légale (de la valeur locative), le marché, qui obéit à sa propre loi, prend en compte des éléments exclus par le législateur* »¹⁵⁷⁸ tels que le « retour sur investissement », la « spéculation », le « chiffre d'affaires » du locataire et la « qualité du locataire ». Pourtant, à l'heure actuelle, pour ce qui est de la prise en compte du chiffre d'affaires du locataire, les experts désignés par les parties, pour fixer le loyer commercial, appellent régulièrement à l'application d'un taux d'effort. Ainsi, « *raisonnablement, un loyer ne devrait pas excéder 10 % du chiffre d'affaires hors taxes du locataire* »¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁶ Collectif, « Bilan économique et juridique : à qui profite la loi Pinel ? », Alliance du commerce, PROCOS, Paris 2016

¹⁵⁷⁷ Barbier J.-D., « Le loyer entre plafond et marché », AJDI 2000, p.495

¹⁵⁷⁸ Barbier J.-D., « La nouvelle valeur locative », GP n°71, 12/03/2011, p.9

¹⁵⁷⁹ Barbier J.-D., « Les inquiétantes conséquences d'une définition contractuelle du loyer en fonction des seuls prix du marché », GP n°182, 30/06/2012, p.9

Pour ce qui est de la situation du bailleur, la loi, à l'heure actuelle trop focalisée sur la situation de l'exploitant certainement, ne cherche pas à prendre en considération la valeur du local, et l'effort financier réalisé par son propriétaire pour l'acheter. La spéculation, quant à elle, évidemment est exclue des modes de fixation judiciaire. Pareillement le chiffre d'affaires du preneur n'est absolument pas pris en compte pour proportionner, d'une quelconque façon, le montant total des charges et travaux que le bailleur pourrait mettre à sa charge.

Ensuite, bien qu'idéologiquement favorable au locataire, la loi n'a jamais réfléchi à la pertinence d'une modération de loyer par la prise en compte du profil du locataire. C'est pourtant celui-ci qui va particulièrement encourager le bailleur à accepter de débiter une telle collaboration. A ce titre, il pourrait être pertinent de considérer que le fait d'apporter une garantie de solvabilité, au bailleur, puisse profiter au preneur.

628. Usure du local commercial. – Pour reparler d'investissement, mais sous l'angle des travaux réalisés, il est également assez surprenant qu'un immeuble loué ait la même valeur qu'un immeuble libre. En effet, par respect de son obligation de délivrance, le bailleur est normalement tenu, avant de mettre son bien à la location, de procéder à des travaux de mise aux normes et de rénovation. Ainsi, en principe, le local est neuf lorsque le locataire en prend possession. Mais, très logiquement, ce n'est pas le cas à la fin du bail commercial, donc au minimum après neuf années d'exploitation des locaux. Il apparaît, dès lors, surprenant que le bail commercial initial et le bail commercial renouvelé, lorsque le locataire reste dans les lieux, puissent prévoir un loyer identique et même, la plupart du temps, un loyer supérieur si l'on tient compte des mécanismes d'indexation.

629. Aménagement du loyer. – Nous comprenons déjà, à travers les précédents exemples que le statut ne cherche, pas encore, à inciter les parties à s'entendre sur le principe d'une collaboration. Une meilleure information des parties suffirait, pourtant, à faire comprendre à ces derniers que la technique des clauses-recettes, par exemple, peut servir à autre chose qu'assurer, uniquement au profit du bailleur, un loyer minimal¹⁵⁸⁰, mais peut également constituer une méthode efficace « *d'adaptation financière à l'évolution de l'économie* »¹⁵⁸¹. Monsieur Blatter considère, ainsi, que ces clauses admises en jurisprudence « *permettent au bailleur d'être associé en partie aux résultats des affaires du locataire* »¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ Dans le sens d'un loyer le plus élevé possible

¹⁵⁸¹ Blatter J.-P., « Bail commercial et clauses-recettes : une adaptation financière à l'évolution de l'économie ? », AJDI 2011, 615

¹⁵⁸² Ibidem

Les parties, acceptant de prendre en compte cette nécessité de collaborer « main dans la main », pourraient, également, penser plus souvent à la technique dite du « bail à paliers », lorsque le contexte économique est trop difficile pour le locataire. Par cette technique, les parties peuvent prévoir que la valeur (réelle) du loyer, pourtant déjà fixée dans le contrat, ne sera applicable qu'au bout d'un certain temps : pendant les trois premières années, par exemple, le loyer peut être minoré pour aider le locataire à rebondir et, à la quatrième année de contrat, le loyer serait à nouveau exigible au montant normal. Ainsi, le bailleur ne perd pas les revenus issus de la location, la relation subsiste et le locataire garde son commerce.

630. Difficultés des baux à paliers. – Signalons, cependant, comme l'a récemment expliqué Monsieur Planckeel¹⁵⁸³, en étudiant un arrêt rendu par la Cour de cassation¹⁵⁸⁴, que la cohabitation, au sein d'un même contrat de bail commercial d'un loyer à paliers et d'une clause d'indexation peut parfois susciter des interrogations pratiques. Selon l'auteur, « *le rédacteur a tout intérêt à ne prévoir (l'application de l'indexation) qu'à compter de l'entrée en vigueur de chaque pallier* ». En effet, dans l'arrêt étudié, la Cour de cassation a considéré que, si « *le rythme de l'indexation ne coïncide pas avec celui des paliers* », cela peut aboutir à une situation dans laquelle le loyer ne peut varier qu'à la hausse. Dans un tel cas, le bailleur pourrait être sanctionné. En conséquence, il s'agit d'être vigilant dans la mise en place rédactionnelle de ce type de mécanisme.

631. Recherche de la « symbiose des intérêts ». – Il semble, en tous les cas, que « *le temps n'est plus celui de l'opposition brutale entre deux propriétés. Il est celui de la recherche d'un meilleur équilibre entre les intérêts en jeu, d'une véritable symbiose de ces intérêts qu'il ne faut pas placer sous le signe de la compétition et de la divergence, mais plutôt sous celui de l'association et de la convergence* »¹⁵⁸⁵. Nous nous rangeons derrière l'opinion, ainsi développée, de Derrupé. C'est par cette philosophie que doit se construire la relation du bailleur et du preneur, afin de développer une réelle relation commerciale.

¹⁵⁸³ Planckeel F., « Validité de l'indexation de paliers », AJDI 2017, p.509

¹⁵⁸⁴ Cass. civ. 3^e, 9 février 2017, pourvoi n° 15-28.691, publié au Bulletin

¹⁵⁸⁵ Derrupé J., « Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993, p.161

2- Le bail commercial : une relation commerciale, certes, pas un « partenariat commercial »

En dépit de la tentation forte de considérer le bail commercial comme un partenariat commercial, notion issue du droit de la concurrence (a), la Cour de cassation a fermement rejeté cette assimilation (b).

a- Bail commercial et relation commerciale : à nouveau la tentation du droit de la concurrence

632. Partenariat commercial – « *Il est admis que le bail commercial constitue, au moins pour le locataire commerçant, un acte de commerce. Il peut également constituer un tel acte pour le bailleur, s'il est lui-même commerçant, et si le bail est consenti à l'occasion de son commerce* »¹⁵⁸⁶.

Dans la mesure où le bail commercial est au « *croisement de différents droits* »¹⁵⁸⁷ s'est, bien sûr, posée la question de l'influence du droit de la concurrence, et de ses notions comprises dans le droit commercial, sur la relation unissant bailleur et preneur. Si ces derniers doivent collaborer et, « *dès lors notamment qu'il (le bail commercial) serait conclu entre commerçants* »¹⁵⁸⁸, s'est même développée, parfois, l'idée qu'il puisse s'agir tout simplement d'un « partenariat commercial ».

Nous notons que jusqu'à présent la doctrine y était plutôt favorable. En effet, bien que plusieurs arrêts¹⁵⁸⁹ aient déjà rejeté cette qualification, et donc l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce visant les partenariats commerciaux, plusieurs auteurs¹⁵⁹⁰ pensaient raisonnablement « admissible » que cet article puisse s'appliquer aux baux commerciaux. Comme le faisait ironiquement remarquer Monsieur Chantepie, cet article trouve, d'ailleurs, à s'exécuter pour des « *contrats de location financière (photocopieurs), dont il est douteux qu'ils puissent créer un partenariat plus intense qu'un bail commercial* »¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁶ Blatter J-P., « La nouvelle compétence juridictionnelle en matière de baux commerciaux », AJDI 1999, p.670

¹⁵⁸⁷ Monéger J. « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux, RTD Com. 2016, p.427

¹⁵⁸⁸ Chantepie G., « La notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

¹⁵⁸⁹ CA Nancy, ch. civ. 2, 31 mai 2012, n° 09/01190 ; Cass. civ. 3e, 21 janv. 2014, pourvoi n° 12-27.078

¹⁵⁹⁰ Encore récemment, Auque F., « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016.

¹⁵⁹¹ Chantepie G., ibidem, citant deux arrêts : CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166

633. Relation commerciale. – Nous assistons, ces dernières années, à la multiplication de l'utilisation du qualificatif de « relation commerciale » et à l'extension du champ d'application de ce qualificatif, par la jurisprudence, principalement sur le fondement de la rupture brutale des relations. Ainsi, récemment, en présence d'une coopérative¹⁵⁹², ou de l'exploitation d'un fonds de commerce¹⁵⁹³, la Cour de cassation n'a pas hésité à parler de « relation commerciale ».

Elle fut, néanmoins, beaucoup moins ouverte à parler de « partenariat commercial », spécialement pour le bail commercial¹⁵⁹⁴ et ce même lorsque le bailleur et le preneur étaient liés par un loyer binaire, ou malgré le fait que les parties aient pris en compte le chiffre d'affaires du preneur¹⁵⁹⁵ pour la fixation et l'évolution du loyer. Cela n'était pas suffisant à faire naître un partenariat commercial entre les parties.

634. Il est donc intéressant de se demander pourquoi, au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, le bail commercial, malgré tout ce que nous avons déjà dit, n'est pas un partenariat commercial. D'ailleurs, « *qu'est-ce qu'un partenaire commercial* »¹⁵⁹⁶ ?

635. « Simple locataire ». – Un arrêt de cour d'appel¹⁵⁹⁷, rendu à propos d'un contrat de licence, peut déjà nous enseigner une première chose. Il est intéressant, pour notre analyse, puisqu'il s'agit d'un « contrat de licence d'exploitation de site web ». Or, pour la cour d'appel, celui qui loue l'exploitation d'un site internet n'est pas un partenaire commercial dans la mesure où il n'est qu'un « simple contractant, un locataire ». Dès lors, selon ce raisonnement, un locataire ne serait pas un partenaire commercial.

636. Contre-exemples. – Un autre arrêt de cour d'appel¹⁵⁹⁸ a, récemment, été rendu sur le champ d'application de l'article L. 442-6 du code de commerce. Celui-ci restreint la qualification de « partenaire commercial » et l'application du dispositif pour la rupture des relations commerciales établies à « *la volonté de développer des relations stables et établies pour coopérer autour d'un projet commun* ». Selon la cour, le spécial l'emporterait sur le général. Ce principe fut respecté pour exclure l'article, dans une autre affaire traitée par la Cour

¹⁵⁹² Cass. Com., 8 février 2017, pourvoi n°15-23.050, publié au Bulletin

¹⁵⁹³ Cass. com., 3 mai 2016, pourvoi n°15-10.158, inédit

¹⁵⁹⁴ CA Paris pôle 5 ch 3 25 novembre 2016 16/OP557

¹⁵⁹⁵ Brena S., « L'application du statut des baux commerciaux exclut celle de l'article L. 442-6 du code de commerce », RDL n°973, 1^{er} janvier 2017

¹⁵⁹⁶ Behar-Touchais M., « Qu'est-ce qu'un partenaire commercial ? », L. dist. Conc. n°11, 01/12/2017, p.2

¹⁵⁹⁷ CA Aix en Provence 10 mars 2016 Juris data n°2016-00815

¹⁵⁹⁸ CA Paris, 5-4, 27 septembre 2017 n°16/00671

de cassation¹⁵⁹⁹. Pourtant, étrangement, la cour d'appel accepta son application à la location financière de longue durée¹⁶⁰⁰, également pour le crédit-bail¹⁶⁰¹. Dit autrement, « *les juges n'ont pas exclu d'office l'application du dispositif du fait de la nature du contrat* »¹⁶⁰².

637. Intérêt de la qualification. – Nous comprenons, ainsi, pourquoi en l'absence d'une solution claire et ferme, les auteurs ne se résignaient pas à tirer un trait définitif sur la possibilité de qualifier le bail commercial de partenariat commercial. L'intérêt de cette qualification est, évidemment, à rechercher dans la notion de « déséquilibre significatif » non pas issue du nouvel article 1171 du code civil, mais issue du droit de la concurrence et insérée, par la loi de modernisation de l'économie de 2008, à l'article L. 442-6-2 du code de commerce. C'est cet article qui parle de « partenaire commercial ».

Il est possible de mieux comprendre les enjeux en s'intéressant à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 25 janvier 2017¹⁶⁰³. Dans celui-ci, la question principale était la suivante : quels éléments prendre en considération pour apprécier le déséquilibre significatif et, plus précisément, le prix en fait-il partie ? Rappelons que, s'agissant du déséquilibre significatif de droit commun, et même de celui du droit de la consommation, ne doit pas, en principe, être pris en compte l'adéquation du prix avec la prestation. Au contraire, de son côté, le code de commerce ne dit rien de tel. En effet, l'article L. 442-6 du code de commerce est muet sur la question : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »¹⁶⁰⁴.

Ainsi, à la question précédemment posée, la chambre commerciale répond qu'il y a, certes, une similitude entre déséquilibre significatif de droit de la consommation, et déséquilibre significatif de droit commercial, mais qu'il peut y avoir des régimes différents, dans la mesure où les finalités ne sont pas les mêmes. Il y aurait, dès lors, deux régimes différents, dont un qui n'exclut pas le prix.

¹⁵⁹⁹ Cass. Com., 11 mai 2017, pourvoi n°14-29.717, publié au Bulletin

¹⁶⁰⁰ CA Paris 5-5, 23 mai 2013 n°12/01166

¹⁶⁰¹ CA Lyon 20 mars 2014 n°12/00427

¹⁶⁰² Veille D., « Le bail commercial échappe à l'application de l'article L. 442-6, 2° du Code de commerce relatif au déséquilibre significatif », 26 mars 2018 DROIT DES OBLIGATIONS, Dalloz-etudiant.fr

¹⁶⁰³ Cass. com. 25 janvier 2017, pourvoi n°15-23547, publié au Bulletin

¹⁶⁰⁴ C. com. Art., L. 442-6, version en vigueur au 11 décembre 2016

Cette absence d'exclusion se justifie, selon la Cour, par le fait que la loi LME exige une convention écrite avec un barème des prix. Rappelons que nous nous trouvons, en l'espèce, dans une affaire concernant un contrat de distribution. Cela signifie que, selon l'interprétation du juge, pour le législateur le déséquilibre peut être apprécié avec l'adéquation au prix, dès lors qu'il n'y a eu aucune négociation t qu'il y a bien un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Il fut, dans cette affaire, assez simple de montrer l'absence de négociation puisque nous étions en présence de conditions générales standardisées. Cela démontre, une nouvelle fois, l'importance de s'aménager la preuve de la négociation réelle de ces conditions.

La solution pouvait être tout bonnement renversante pour un civiliste. En effet, donner une portée large à cette décision serait revenu, potentiellement, à créer une possibilité d'exclusion du droit commun pour appliquer un droit spécial, celui du code de commerce, ce qui aurait, en conséquence, permis au juge de contrôler le prix négocié. Nous comprenons aisément l'intérêt résidant dans la définition du partenaire commercial, dans la mesure où la solution pourrait ne pas valoir uniquement que pour le contrat de distribution. Tout contrat commercial rentrant dans le champ d'application de l'article L. 442-6 pourrait être concerné et le prix, convenu dans ses dispositions, également.

638. Pour certains auteurs, cet article était applicable au bail commercial puisque le déséquilibre du code civil, ainsi que celui du code de commerce, n'ont « *pas le même objet, pas le même régime, pas les mêmes sanctions* ». Il pouvait être considéré, à ce titre, que « *les professionnels bénéficiant d'une option (pourraient) saisir au choix un tribunal* », ce qui consistait en un « *forum shopping* », voire même un « *forum legis* » puisque l'un des régimes sanctionne le prix, et pas l'autre¹⁶⁰⁵. Pourtant, la Cour de cassation a semblé mettre un terme à cette réflexion.

b- Le refus, court mais clair, de la Cour de cassation : la tentation du droit de la concurrence écartée

639. Un refus clair. – « *Seules les activités de production, de distribution ou de services, entrent dans le champ d'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce (...) le*

¹⁶⁰⁵ Vogel J., « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », AJC 2017, p.470

*litige, qui portait sur l'exécution d'un bail commercial, ne relevait pas des juridictions spécialement désignées pour statuer en application de ce texte »*¹⁶⁰⁶. Telle est la décision, rendue le 15 février 2018, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

Le déséquilibre significatif du code de commerce ne serait, jamais, applicable au bail commercial. Du bailleur ou du locataire, il apparaît que la partie pâtissant le plus de cette solution est, n'en pas douter, le locataire. Comme le relève Monsieur Leblond¹⁶⁰⁷, l'article L. 442-6 du code de commerce aurait pu être l'opportunité, pour cette partie, de faire rejeter par exemple la clause d'échelle fixant un loyer minimum¹⁶⁰⁸, ou celle excluant toute responsabilité de son bailleur, pourtant initialement acceptée mais rendant la situation finalement insupportable et intenable pour son exploitation commerciale.

640. Un refus court. – La Cour de cassation ne développe pas considérablement sa position. Elle opte pour une décision courte et ferme. En ce qui nous concerne, nous aurions apprécié savoir, par exemple, si le refus repose sur le caractère civil du contrat de bail commercial. La brièveté de la décision, semble montrer que c'est le seul qualificatif de « partenariat commercial » qui exclut toute possibilité d'applications du déséquilibre du code de commerce.

Le partenaire, ainsi, ne peut désigner qu'un professionnel *« avec lequel une entreprise entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant »*¹⁶⁰⁹. En conséquence, *« l'influence des résultats du locataire sur la détermination du loyer stipulé par la bailleuse »*¹⁶¹⁰ n'est pas à même de démontrer pareille relation.

641. Une exclusion catégorique. – Selon Madame Chaoui, *« la publicité donnée à l'arrêt du 15 février 2018 démontre toutefois la volonté de la Cour de cassation de clarifier à présent les choses : la sanction du déséquilibre significatif visée par l'article L442-6, I, 2°, du code de commerce n'est pas applicable en matière de baux commerciaux »*¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁶ Cass. Civ 3e., 15 févr. 2018, pourvoi n° 17-11329, publié au bulletin

¹⁶⁰⁷ Leblond N., « L'article L. 442-6 du Code de commerce n'est pas applicable au bail commercial », Ess. DC n°04, 12/04/2018

¹⁶⁰⁸ Grâce au loyer binaire par exemple

¹⁶⁰⁹ Veille D., ibidem

¹⁶¹⁰ Ibidem

¹⁶¹¹ Chaoui H., « Le bail commercial et la sanction du déséquilibre significatif », RDL n°987, 2018

Nous pourrions, cependant, juger surprenant que cette exclusion puisse concerner certains baux commerciaux comme, par exemple, les baux de centres commerciaux. Pour Monsieur Antoniutti, il est étonnant que, dans pareille situation, les bailleurs « *échappent, dans leurs relations avec leurs locataires, à tout encadrement concurrentiel* » alors que « *la commercialisation des cellules aux locataires de l'ensemble commercial intervient dans le cadre de rapports de marché, où le bailleur, propriétaire du centre, est en position dominante (alors que les locataires, eux, restent soumis au droit de la concurrence dans le cadre des clauses des baux dont ils peuvent bénéficier, et notamment des clauses d'exclusivité)* »¹⁶¹².

Cet arrêt va, d'ailleurs, contre l'avis rendu, récemment, par la Cour de justice de l'Union européenne qui laissait penser que le droit de la concurrence était applicable aux clauses figurant dans de pareils baux commerciaux¹⁶¹³.

642. Inadéquation avec les règles fondamentales du statut. – Enfin, cet arrêt rappelle que les règles fondamentales du droit des baux commerciaux, qui cherchent majoritairement à maintenir l'équilibre de ce contrat, sont incompatibles avec les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce. C'est finalement la différence des objectifs respectifs, des différents textes, qui justifierait cette inadéquation. Dès lors, cet arrêt devrait inciter « *les praticiens du bail commercial à refermer le livre IV du code de commerce, qui ne leur serait visiblement d'aucun secours lorsqu'il faudra dénoncer les abus de marché des bailleurs de centres commerciaux* »¹⁶¹⁴.

643. Les locataires peuvent, néanmoins, désormais se consoler puisque, « *quoi qu'il en soit, si le contrôle de l'équilibre d'un bail commercial ne peut être effectué à l'aune de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, il reste le contrôle à l'aune du droit commun, de l'article 1171 du code civil* »¹⁶¹⁵, même si celui-ci ne devrait pas concerner, directement, le loyer.

Nous considérons, malgré le rejet du « partenariat commercial », que le bail commercial doit continuer d'être regardé comme une véritable « relation commerciale » unissant différents

¹⁶¹² Antoniutti, A., « Le déséquilibre significatif ne sera pas celui du code de commerce ! », AJDI 2018. 520

¹⁶¹³ Grimaldi C., note sous CJUE 26 nov. 2015, n° C-345/14, SIA Maxima Latvija c/ Konkurences padome, D. 2016. 292

¹⁶¹⁴ Antoniutti A., ibidem

¹⁶¹⁵ Grimaldi C., « Les parties à un bail commercial ne sont pas des partenaires commerciaux au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », Ess. DC n°04, 01/04/2018

intérêts. C'est pour cela, nous semble-t-il que la loi Pinel a cherché à protéger l'activité du locataire. Cette protection est économiquement nécessaire.

B) La recherche d'une protection accrue du commerçant dans le maintien, ou la sauvegarde, de son activité, par la loi Pinel

644. Stabilité, pivot du droit français. – La stabilité du locataire est le « *pivot du droit français (...), la marque de notre propriété commerciale* »¹⁶¹⁶. Nous avons étudié, en première partie de thèse, les nouveautés issues de la loi Pinel concernant la durée statutaire¹⁶¹⁷. Mais d'autres mécanismes sont prévus pour maintenir le locataire dans les lieux et lui permettre de pérenniser son activité. En effet, même si, s'agissant de la durée du bail commercial, le législateur a cherché à protéger le locataire en lui offrant le droit de résilier, ou de donner congé plus facilement en fonction des difficultés rencontrées, il a également envisagé le renforcement du maintien du locataire dans les lieux, dans certaines situations.

Nous l'avons dit, le départ forcé du locataire peut avoir pour son activité des conséquences économiques dramatiques. La loi Pinel cherche tout naturellement à faciliter le maintien du preneur dans les lieux et ce en dépit du changement de bailleur (1) ou quelle que soit l'identité ou la qualité du preneur (2).

1- Le maintien du commerce en dépit du changement de bailleur : le nouveau droit de préemption du preneur, issu de la loi Pinel

645. Vente de l'immeuble, objet du bail commercial. – Il s'agit de la situation dans laquelle le bailleur décide de vendre son bien immobilier. Cela aura des conséquences évidentes pour le locataire qui loue ce bien. En effet, dans la pratique, de nombreux contentieux surgissaient après le changement de bailleur. Même s'il peut y avoir une simple substitution de bailleur, et que le contrat de bail commercial peut ainsi rester le même, il y a bel et bien un changement dans les relations contractuelles.

Le locataire n'a pas l'assurance que le nouveau propriétaire applique le contrat de bail de la même manière. Il était même très fréquent que cela conduise à une augmentation de loyer et, donc, à un déséquilibre du bail commercial. La loi Pinel offre au preneur un droit prioritaire, pour l'acquisition du bien immobilier (a), droit dont les conditions d'exercice peuvent être

¹⁶¹⁶ Vaissié M.-O., « Faut-il réformer les baux commerciaux ? », RDL n°839, juillet 2003

¹⁶¹⁷ Supra n° 199 et s.

jugées trop favorables au locataire (b), même si des exceptions ont été prévues par le législateur (c).

a- Un nouveau droit du locataire, largement inspiré du régime des baux d'habitation

646. La loi Pinel s'inspire fortement des baux d'habitation. Par exemple, tout comme certains droits de préemption existants depuis de nombreuses années en matière de bail d'habitation, le droit de préemption créé par la loi Pinel nécessite, parfois, une double « purge » au moment de sa mise en œuvre.

647. Multiplication des droits de préemption. – Le dix-septième article de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». L'article 2 de la Déclaration cite la propriété parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme.

Atteinte au droit de propriété, puisant sa source au croisement du droit des contrats et du droit des biens, le droit de préemption¹⁶¹⁸ s'analyse comme une limite érigée « *contre la liberté contractuelle, la libre circulation des biens ou même le caractère absolu du droit de propriété* »¹⁶¹⁹. Les auteurs le présentent comme « *ce qu'il reste quand rien n'a été retranché dans le rapport direct qui unit la personne et la chose, quand rien n'a été oublié dans l'énumération des pouvoirs concevables* »¹⁶²⁰ ou, encore, comme « *le droit d'exercer une maîtrise totale sur un bien* »¹⁶²¹. Pourtant, bien qu'étant une atteinte au droit de propriété, droit reconnu constitutionnellement, les formes de droit de préemption se multiplient à l'heure actuelle.

En matière de bail d'habitation, le premier droit de préemption est apparu avec la loi du 31 décembre 1975, et vise deux types de vente, à savoir la vente d'un ou plusieurs locaux à usage d'habitation, ou mixte, à la suite de la division, en tout ou partie, d'un immeuble en plusieurs lots, et la vente de parts ou actions de sociétés, destinées à diviser un même immeuble en

¹⁶¹⁸ Saint-Alary-Houin C., « Le droit de préemption » LGDJ, 1979

¹⁶¹⁹ Durand-Pasquier G., « Florilège de quelques difficultés soulevées par les droits de préemption et autres priorités d'achat nouvellement institués ou modifiés », Construction - Urbanisme n° 4, Avril 2015

¹⁶²⁰ Fabre-Magnan M., « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ. 1997, p. 583

¹⁶²¹ Ibidem

plusieurs fractions attribuables aux associés¹⁶²². Sont ainsi exclues de ce droit de préemption, les ventes qui portaient sur un bâtiment entier, ou sur l'intégralité des lots de ce bâtiment.

Ensuite, la loi du 6 juillet 1989, par son article 5, avait institué un droit de préemption, dans le cas uniquement de la vente d'un bien immobilier, au profit du locataire de bail d'habitation non meublé. Il s'agit du principal droit de préemption en matière de bail d'habitation. Le congé doit ainsi être adressé au locataire six mois avant l'expiration du bail et préciser le prix et les conditions de la vente. Le locataire dispose alors d'un délai de deux mois pour préempter.

Plus récemment, un autre droit de préemption a été instauré par la loi du 13 juin 2006, dite « loi Aurillac »¹⁶²³. Ce droit de préemption concerne la vente en bloc de l'intégralité de l'immeuble comportant dix logements. La notification du projet de vente au locataire est dans ce cas valable pendant quatre mois.

Précisons, enfin, que la loi ALUR¹⁶²⁴ a, récemment, étendu les droits de préemptions urbains, en créant un droit de préemption communal, dans la loi de 1975, qui permet aux communes d'acquérir prioritairement un immeuble, un appartement ou un terrain. Ainsi, lorsqu'un bien immobilier est en vente, la ville doit d'abord faire connaître son intention d'utiliser son droit de préemption. C'est ce qu'on appelle la déclaration d'intention d'aliéner, établie généralement par le notaire en tant que mandataire, suite à la signature du compromis de vente. Une fois la déclaration reçue, la ville a deux mois pour notifier sa réponse : si elle donne une suite favorable, qu'elle décide de préempter, la vente est effectuée en sa faveur. Dans le cas contraire, la vente suit son cours normal.

648. Obligation d'information du preneur. – La loi Pinel, à son tour, par la création de l'article L. 145-46-1 du code de commerce¹⁶²⁵ par son article 14, instaure un droit de préemption similaire aux baux d'habitation, à compter du 18 décembre 2014¹⁶²⁶. Selon les auteurs, cette disposition, « *qui constitue une des créations majeures de cette réforme* », est, avec le renforcement de l'ordre public, la mesure phare de la loi Pinel qui devrait permettre de « *rééquilibrer les rapports entre bailleur et preneur à bail commercial* ». Celle-ci, « *va*

¹⁶²² En propriété ou en jouissance à temps complet

¹⁶²³ Pelletier P., « Les incidences de la loi du 13 juin 2006, dite « Aurillac », sur la valeur d'un immeuble d'habitation », Dr. et patri. n° 159, 2007, p. 33

¹⁶²⁴ Loi ALUR n° 2014-366 du 24 mars 2014

¹⁶²⁵ Loi 18 juin 2014, art 14

¹⁶²⁶ Loi 18 juin 2014, art 21, III

*bouleverser en profondeur la pratique des ventes de locaux commerciaux et par suite celle des baux commerciaux »*¹⁶²⁷.

Désormais, lorsqu'un propriétaire envisage la vente de son local à usage commercial, ou artisanal, il doit en informer le preneur. Cette nouveauté tend à résoudre, « *un sujet épineux dans la mesure où, jusqu'alors, la relation qui liait le bailleur au preneur avait une nature locative, sauf lorsque les parties avaient inséré un droit de préférence contractuel, ce qui était courant* »¹⁶²⁸. Le droit de préemption n'est plus uniquement contractuel, mais légalement de plein droit, même si la loi ne vise pas n'importe quelle vente.

649. « Un local ». – L'article vise expressément un « *local à usage commercial ou artisanal* ». Il s'agirait donc d'une première restriction, quant au champ d'application du droit de préemption. S'agissant de la notion de local, on se réfère, de toute évidence, à celle du statut des baux commerciaux, et aux exclusions de la jurisprudence. Un local correspond, ainsi, à tout espace clos et couvert, dans lequel s'exerce la vente. Sont donc exclus, par exemple, les emplacements de stationnement, simplement matérialisés par des bandes de peinture, les vitrines d'exposition, les panneaux publicitaires, etc ...

650. « A usage commercial ou artisanal ». – S'agissant de « *l'usage commercial ou artisanal* », soulignons que les locaux à usage exclusif de bureaux, ainsi que les entrepôts, ont été exclus par un amendement déposé au Sénat, le 17 avril 2014¹⁶²⁹. La doctrine s'accorde, toujours, à dire que ceux-ci sont bien exclus du champ d'application¹⁶³⁰. Toutefois, l'article ne précisant pas que l'activité doive être « exclusivement » commerciale ou artisanale, il semble que les baux mixtes soient compris dans le champ d'application.

651. « Vente » au sens strict du terme. – L'article semble désigner la « vente » au sens strict du terme. Il faudrait donc considérer que les ventes d'actions, ou parts de sociétés, sont exclues. Le même raisonnement semble s'imposer pour les actes à titre gratuit (donation, legs, partage). En revanche, est-ce que les actes onéreux n'étant pas des actes de ventes, sont-ils exclus ? Certains auteurs considèrent qu'il faut retenir une conception restrictive de la vente,

¹⁶²⁷ Roussel F., Saintourens B., « Le droit de préférence du preneur à bail commercial : le nouvel article L. 145-46-1 du code de commerce, partie 1 », Dr. et patri. n°243, 2015

¹⁶²⁸ Chaoui H., « Le droit de préemption issu de la loi Pinel : dernier état de la jurisprudence », RDL n° 981, nov. 2017

¹⁶²⁹ Amendement n°148 rectifié, JO Débats Sénat, 17 avr. 2014, p. 3252

¹⁶³⁰ Chaoui, ibidem

comme en matière de cession d'entreprise. Rappelons, toutefois, qu'en matière de bail rural, le droit de préemption concerne toute « *aliénation à titre onéreux de biens ruraux* »¹⁶³¹.

Il ne semble pas falloir admettre, selon un arrêt de cour d'appel¹⁶³², que la vente judiciaire puisse se voir appliquer les dispositions de l'article L. 145-46-1. La cour a en effet refusé son application dans une telle situation, considérant que l'article ne visait que les cessions réalisées en vertu d'un contrat de gré à gré. La vente forcée, excluant donc ce caractère purement contractuel, et la loi Pinel ne visant pas explicitement de cas de figure, comme le fait par exemple la loi du 31 décembre 1975¹⁶³³ régissant le droit de préemption du bail d'habitation, la cour d'appel a tranché en faveur d'une interprétation restrictive du texte. Enfin, élément important, la cour rappelle que le droit de préemption nécessite un prix déterminé, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, tant que les dernières enchères n'avaient eu lieu. La solution est selon nous claire et logique.

652. Application dans le temps. – D'autres questions se posent, s'agissant de l'application et la portée de cette mesure. La première interrogation concerne l'application de l'article dans le temps. Celle-ci était reportée, par le texte, à compter du « *sixième mois qui suit la promulgation de la loi* »¹⁶³⁴, ce qui semble être une dérogation au principe de non-rétroactivité de la loi¹⁶³⁵.

Monsieur Roussel et Monsieur Saintourens soulignent qu'il y a deux façons d'interpréter cette date¹⁶³⁶. Selon eux, ce serait soit à partir du 18 décembre 2014, date que l'on obtient en ajoutant six mois au 18 juin 2014 (date de promulgation). Soit à partir du début du sixième mois après le 18 juin 2014, ce qui correspondrait au 1er décembre 2014. Ainsi, est-ce que les six mois visent une durée ou une date fixe ?

Toujours selon ces auteurs, le doute est d'autant plus grand que certaines dispositions de la loi Pinel ne sont, par exemple, applicables qu'« *à compter du premier jour du troisième mois suivant la promulgation de ladite loi* ». Il y a donc une imprécision sur ce point¹⁶³⁷, mais certains auteurs ont déjà pu conseiller de ne pas prendre de risque, et de considérer le droit de préemption

¹⁶³¹ C. rur. Art., L. 412-1

¹⁶³² CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 14 févr. 2017, n° RG : 15/13116.

¹⁶³³ Loi n° 75-1351, 31 déc. 1975, JO 4 janv. 1976, art. 10

¹⁶³⁴ Loi 18 juin 2014, art 21, II

¹⁶³⁵ Chaoui, *ibidem*

¹⁶³⁶ Roussel F., Saintourens B., *ibidem*

¹⁶³⁷ Chaoui H., « Application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 dite « loi Pinel », RDL n°953, 01/2015

applicable aux baux conclus après le 1^{er} décembre 2014¹⁶³⁸. L'état actuel de la jurisprudence ne nous permet pourtant pas d'en être absolument certain. Le 18 décembre 2014¹⁶³⁹, tout comme le 1^{er} décembre 2014¹⁶⁴⁰ ont été, près de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi Pinel, retenus judiciairement pour l'application du droit de préemption.

653. Ordre public (implicite) du texte. – Une autre imprécision, peut-être encore plus fâcheuse, concerne l'éventuel ordre public du droit de préemption. Nous l'avons déjà évoqué, la non-actualisation de l'article L. 145-15 suscite des difficultés pour savoir si certaines nouvelles dispositions de la loi Pinel sont d'ordre public. Le droit de préemption est directement concerné par cette fâcheuse rédaction. En effet, il n'entre pas dans la liste des articles énumérés.

Certains praticiens, comme Monsieur Barbier, affirment que le droit de préemption n'est tout simplement pas d'ordre public : c'est à coup sûr beaucoup plus pratique quand il s'agit de l'écarter... S'ils avaient raison, l'intérêt de ce nouveau droit de préemption serait, pourtant, assez relatif... Nous ne suivons pas ce point de vue, et nous rangeons derrière le point de vue de nombreux auteurs qui, comme Madame Saint-Alary Houin, considèrent depuis des années qu'un droit de préemption est intrinsèquement d'ordre public¹⁶⁴¹.

De plus, l'article concernant ce droit de préemption comprend « *pas moins de six alinéas dans lequel il n'est nullement précisé que les parties pourraient y déroger* »¹⁶⁴². Il apparaît, ainsi, plus sage de penser que le législateur a voulu imposer ce droit de préemption aux parties.

654. Peut-on y renoncer contractuellement ? – Cela revient à poser, à nouveau, la question suivante : si ce droit est d'ordre public, est-ce un ordre public économique, de direction ou de protection ? On peut, en effet, se demander s'il est nécessaire que le droit ait été acquis par le preneur, pour qu'il soit possible d'y renoncer, ou s'il est possible, comme le proposent certains ouvrages¹⁶⁴³, de l'exclure directement ce droit de préférence dans le bail initial. En 2018, nous devons encore attendre les précisions, apportées par la future jurisprudence, pour le savoir : « *les juridictions devront se prononcer sur la nature de ce droit* »¹⁶⁴⁴.

¹⁶³⁸ Vaissié M.-O., « Application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 dite loi Pinel », RDL n°953, 2015, 1958

¹⁶³⁹ CA Bastia, 20 janv. 2016, n° RG : 15/00833.

¹⁶⁴⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 3, 10 mai 2017, n° RG : 15/10482

¹⁶⁴¹ Saint-Alary Houin C., *ibidem*

¹⁶⁴² Roussel F., Saintourens B., *ibidem*

¹⁶⁴³ Lafond J., « Bail initial – Formules », JCI, Fasc. 3010, 1^{er} Janvier 2015

¹⁶⁴⁴ Chaoui H., « Le droit de préemption issu de la loi Pinel : dernier état de la jurisprudence », RDL n° 981, nov. 2017

655. Cohabitation (possible) de deux droits de préemption différents. – Enfin, on peut s’interroger, pour aller plus loin, sur les conséquences de l’insertion d’une clause, prévoyant un droit de préférence au profit du locataire, dans un bail ancien, c’est-à-dire dans un bail conclu avant l’entrée en vigueur de la loi Pinel. On peut, en effet, se demander si le bailleur propriétaire doit « purger » les deux droits de préférence, ou seulement celui instauré par la loi Pinel.

Selon Monsieur Battistini, la conséquence de ce nouveau droit de préemption est « *de réduire à néant l’intérêt d’un pacte de préférence au profit du preneur que l’on retrouvait parfois en pratique* »¹⁶⁴⁵. Néanmoins, il est fort possible que les conditions d’exécution du droit de préférence, prévu contractuellement, diffèrent des conditions prévues par le dispositif de la loi Pinel : il apparaît donc, selon nous, plus sage de procéder à la purge des deux droits de préférence.

b- La mise en œuvre du droit de préemption, selon des délais très (trop) favorables au locataire

656. Désormais, dès lors que le bailleur-propriétaire « *envisage* » de vendre le bien immobilier, il devra notifier ce projet au preneur. Les modalités de cette notification sont encadrées par l’article L. 145-46-1 du code de commerce.

657. Notification. – S’agissant, tout d’abord, de la forme, cette notification se fait par voie de lettre recommandée avec demande d’avis de réception, ou par remise en main propre contre récépissé ou émargement, et doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de vente envisagés. L’information du preneur vaut, alors, offre de vente et celui-ci a un mois, à compter de la réception de ladite offre, pour se prononcer. Notons que législateur incite, une nouvelle fois, à recourir à la lettre recommandée avec accusé de réception, toujours, semble-t-il, dans une optique de diminution des coûts. Nous ne reviendrons pas sur le risque qui pèse, selon nous, sur cette modalité de notification.

La question s’est posée en doctrine de savoir si cette notification est une formalité substantielle ou une simple norme de publicité d’un projet de vente. Auquel cas, il faudrait déterminer si le preneur peut exercer son droit de préemption après avoir été informé de la vente, par un autre moyen que la notification par le propriétaire.

¹⁶⁴⁵ Battistini P., « Présentation des modifications apportées au statut des baux commerciaux par la loi du 18 juin 2014 relative à l’artisanat, au commerce et aux très petites entreprises », GP n° 191, 2014, p. 7

658. Délai d'un mois pour se prononcer. – En vertu des deux premiers alinéas du même article, à la suite de la notification, le preneur dispose d'un premier délai d'un mois pour se prononcer. Un amendement parlementaire proposait de changer ce délai et de le faire passer à deux mois, mais celui-ci n'a pas été adopté. Le texte indique, précisément, que le point de départ de ce délai d'un mois est la date de réception de la notification par le preneur. En revanche, quid de la date de réponse ? Est-elle la date d'envoi ou la date de réception ?

Nous remarquons également que, contrairement à la notification, la loi n'apporte aucune précision quant à la forme que doit avoir la réponse du locataire. A priori, la forme devrait donc être libre, et la réponse verbale ou par lettre simple « *reconnue par le bailleur* »¹⁶⁴⁶ pourrait donc être valable, comme cela a déjà été jugé en matière de droit de préemption¹⁶⁴⁷. Mais cela poserait, probablement, des problèmes en matière de preuve. A nouveau, les auteurs conseillent de « *privilégier l'exploit d'huissier ou la lettre recommandée avec accusé de réception pour éviter toute difficulté* »¹⁶⁴⁸.

659. Délai de deux mois pour réaliser la vente. – L'article n'envisage, absolument pas, le cas de refus du locataire. Toutefois, étant donné qu'il s'agit d'un délai extinctif, puisqu'il dispose d'un mois pour exercer son droit, on peut considérer que le silence vaut refus. En revanche, si à la suite de l'offre le preneur a répondu positivement, la notification étant une offre de vente celle-ci est parfaite. Le preneur dispose d'un délai de deux mois pour réaliser la vente. L'acceptation du locataire doit être pure et simple et est insusceptible de rétractation.

Certains auteurs considèrent que ce choix d'un délai de deux mois, plus protecteur des intérêts du commerçant, pourrait à nouveau décourager les investisseurs¹⁶⁴⁹. Le délai est porté à quatre mois, lorsque le preneur notifie au propriétaire sa volonté de recourir à un prêt pour financer l'opération. L'acceptation du preneur est, ainsi, subordonnée à l'obtention du prêt.

La réalisation de la vente par acte authentique est la seule obligation à la charge du locataire ce qui, pour certains auteurs, est regrettable. En effet, le locataire n'a même pas l'obligation de poursuivre l'activité commerciale, après l'acquisition du local. Dès lors, la mesure pourrait avoir un effet négatif, puisque cela lui laisserait le champ libre pour effectuer d'éventuelles

¹⁶⁴⁶ Roussel F., Saintourens B., *ibidem*

¹⁶⁴⁷ Cass. soc., 27 juill. 1951, Bull. civ. III, n° 613 ; Cass. civ 3^e, 24 janv. 1979, Bull. civ. III, n° 24.

¹⁶⁴⁸ Barbier J.-D., « Réforme du 18 juin 2014 », GP n° 221, 2014, p.11

¹⁶⁴⁹ Legrand V., « La réforme du régime des baux commerciaux », PA n° 129, 30 juin 2014, p.5

opérations purement spéculatives. A trop vouloir protéger, les notions d'équilibre paraissent parfois délaissées.

660. Précisions sur les conditions de vente, issues de la jurisprudence applicable aux baux d'habitation. – Concernant les conditions de ventes, à titre de comparaison, la jurisprudence en matière de baux d'habitation a précisé qu'il s'agissait essentiellement des modalités de paiement du prix de vente. Toutes les conditions posées par le bailleur, notamment le paiement des frais et honoraires d'agence immobilière¹⁶⁵⁰, doivent être acceptées par le locataire. « *Il ressort de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce que la notification par le bailleur d'une offre d'achat d'un bien moyennant certaines conditions et charges vaut offre de vente* »¹⁶⁵¹, dès lors celle-ci ne peut pas être rétractée¹⁶⁵².

Enfin, le second alinéa de l'article L. 145-46-1 prévoit que « *si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est sans effet* ». Ainsi, si au bout du délai de deux mois (ou donc de quatre mois en cas de prêt), la vente n'est toujours pas réalisée, l'acceptation du preneur devient caduque et la vente n'aura pas lieu.

661. Nécessité de deuxième purge du droit de préemption. – Toutefois, même si la vente n'a pas lieu, par la suite en cas de changement dans les conditions de la vente, une nouvelle purge du droit de préemption du locataire devra être effectuée. En effet, Si le preneur ne donne pas suite, mais que les conditions de vente sont modifiées par le propriétaire bailleur, de manière plus avantageuse pour le futur acquéreur, ce dernier a obligation de ré-informer le preneur.

Il s'agit, en quelque sorte, d'un deuxième droit de préemption, un droit de préemption alternatif. L'alinéa 4 de l'article L. 145-46-1 indique que, sous peine de nullité, les dispositions relatives aux modalités de réalisation de la notification doivent être reproduites dans chacune des notifications postérieures. A nouveau donc, les mêmes délais s'appliquent mais, dans ce cas, il est prévu que la réponse du preneur puisse être faite au bailleur, ou au notaire.

On peut remarquer qu'aucune précision n'a été prévue concernant les conditions « *plus avantageuses* ». Doit-on considérer que toute nouvelle modification doit être communiquée au preneur ou, qu'en s'en tenant strictement à la lettre du texte, leur modification n'entraînera obligatoirement une nouvelle purge du droit de préférence du locataire que lorsque celles-ci

¹⁶⁵⁰ CA Douai, ch. 2, sect. 1, 12 janv. 2017, n° RG : 15/07384

¹⁶⁵¹ Chaoui H., *ibidem*

¹⁶⁵² CA Lyon, 1^{re} ch. civ. B, 31 mai 2016, n° RG : 15/09576

seront plus avantageuses ? Dans ce cas-là comment déterminer si celles-ci le sont ? Ce sera probablement aux tribunaux de fixer les critères d'appréciation.

En ce qui concerne la sanction du non-respect du droit de préemption, le texte est très clair : la vente est nulle. Cela montre bien la volonté du législateur de donner un caractère incontournable au droit de préemption. Toutefois, certaines exceptions écartent ce dernier.

c- Les limites au nouveau droit de préemption du locataire

662. Des exceptions. – L'article L. 145-46-1 du code de commerce prévoit un certain nombre d'exceptions à ce nouveau droit de préemption. Parmi elles, certaines concernent la pluralité de locaux commerciaux, et une autre concerne la famille du bailleur.

663. Volonté (cachée) d'exclusion des locataires d'immeubles à usage industriel, de bureaux, ou d'entrepôts, par le législateur. – La garantie des intérêts du propriétaire, tout d'abord, a vocation à être assurée par le premier alinéa de l'article L145-46-1 du code de commerce, qui dispose que « *lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement* ». L'article désigne le « *propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal* ». Bon nombre de commentateurs s'accordent à dire que la lettre du texte est maladroite. L'intention du législateur ne ressort pas clairement, à la lecture de l'article.

Selon Monsieur Plankeel¹⁶⁵³, cela tient au fait que celui-ci n'a pas caché sa volonté, lors des débats parlementaires, d'exclure du champ d'application du texte certains locataires. Le souhait des parlementaires était, ainsi, d'écarter les locataires d'immeubles à usage industriel, de bureaux ou d'entrepôts. Pourtant, premièrement, à la simple lecture du texte il n'est guère évident de comprendre cette exclusion et, deuxièmement, si l'on décide de rechercher « l'esprit de la loi », dans les débats parlementaires, pour l'appliquer, cela va conduire les praticiens à faire des distinctions entre locataires, alors que ceux visés par cette exclusion ne correspondent à aucune catégorie juridique établie¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵³ Plankeel F., « Le nouveau droit de préemption du locataire commercial », AJDI 2014, p. 595

¹⁶⁵⁴ Jacquin A., « Loi du 18 juin 2014 : le droit de préemption du locataire », GP, n° 221, 9 août 2014, p. 45
Gouraud C., « La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014 », Defrénois, 2014, p. 902

664. Droit de préemption parcellaire. – La difficulté vient également du fait, qu’à l’inverse, le législateur a textuellement exclu plusieurs types de ventes du champ d’application du texte, à l’alinéa 6 de l’article L. 145-46-1. Ainsi, « *l’article n’est pas applicable en cas de cession unique de plusieurs locaux d’un ensemble commercial, de cession unique de locaux commerciaux distincts ou de cession d’un local commercial au copropriétaire d’un ensemble commercial. Il n’est pas non plus applicable à la cession globale d’un immeuble comprenant des locaux commerciaux ou à la cession d’un local au conjoint du bailleur* ».

Dès lors, la cession unique de plusieurs locaux d’un même ensemble commercial, la cession unique de plusieurs locaux commerciaux distincts, la cession d’un local commercial au copropriétaire d’un ensemble commercial, et la cession globale d’un immeuble comprenant des locaux commerciaux, sont expressément exclus du champ d’application de l’article L. 145-46-1 du code de commerce. Les premiers commentaires de la loi ont, de ce fait, qualifié ce droit de préemption de « *droit parcellaire* », ou « *partiel* »¹⁶⁵⁵.

665. Exclusions confuses. – De plus, la lettre du texte prête à confusion. Tout d’abord, comme le fait remarquer Madame Durand-Pasquier¹⁶⁵⁶, la première exclusion, concernant la « *cession unique de plusieurs locaux d’un ensemble commercial* », se confond avec la seconde, concernant la « *cession unique de locaux commerciaux distincts* », puisqu’une cession unique de plusieurs locaux est forcément une cession unique de locaux distincts... Il s’agit donc d’une redondance.

Ensuite, et plus gravement selon le même auteur, une autre difficulté d’interprétation concerne le cas d’une cession globale d’un immeuble qui comprendrait un seul local commercial. Selon la loi, l’exclusion concerne les ventes globales d’immeubles comprenant « *des locaux commerciaux* ». Le pluriel est ainsi utilisé. On peut s’interroger sur la possibilité que, lorsqu’une vente globale d’immeubles comprendra un seul local commercial et plusieurs locaux affectés à un autre usage, celle ne soit pas concernée par l’exclusion. Il est, néanmoins, difficile de l’affirmer d’autant que, cette fois-ci, les travaux parlementaires ne nous orientent pas. En effet, rien ne nous permet de considérer que cette distinction a été initialement souhaitée.

¹⁶⁵⁵ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD com. 2014, p. 535

¹⁶⁵⁶ Durand-Pasquier G., *ibidem*

Si l'on se réfère à la jurisprudence existante¹⁶⁵⁷, il semble qu'en présence d'un pacte de préférence inséré dans un bail commercial, lorsque la vente globale d'immeuble comporte un local commercial, cela oblige le vendeur à purger le droit de préférence du locataire pour l'immeuble entier¹⁶⁵⁸.

Un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 9 avril 2014¹⁶⁵⁹ a débouté la société locataire qui entendait exercer son droit de préemption sur les seuls locaux loués, objet du bail, alors que l'immeuble en intégralité était mis à la vente. En effet, une clause de préemption insérée dans le contrat de bail ne portait que sur les locaux loués. C'est en vertu de cette clause que la société locataire souhaitait exercer son droit de priorité. La Cour de cassation déclare que l'application de la clause litigieuse « *ne saurait conduire à imposer aux propriétaires de diviser leur bien en vue de le céder à des personnes distinctes* », et que par conséquent la cour d'appel a justement pu en déduire que la demande du preneur devait être rejetée.

Plusieurs auteurs s'accordent à dire que le terme « *ensemble commercial* » et l'absence de définition de celui-ci, seront probablement source de difficultés et de blocage car, si le droit de préemption s'applique dans ces cas précis, il n'est plus possible de céder globalement son portefeuille « *sans purger un par un les droits de préférence existants* »¹⁶⁶⁰.

666. Cession du local aux membres de la famille du bailleur. – Ensuite, l'article L. 145-46-1 comporte une autre exception au nouveau droit de préemption concernant les membres de la famille du bailleur : pour beaucoup de praticiens, la création de ce droit n'a pour effet que de rallonger les délais de vente, et la lourdeur du formalisme. Ainsi, en plaçant le locataire commerçant en position de force, le bailleur risque d'être découragé, et ne plus chercher l'acquéreur pouvant offrir le meilleur prix. Un locataire, abusif, pourrait faire chanter son bailleur, en faisant peser sur lui le risque de perdre six mois sur la vente. Aussi, pour les praticiens, la création de ce nouveau droit de préemption, pleine de bonnes intentions, est tout simplement déconnectée de la réalité.

¹⁶⁵⁷ Sabard O., obs. sous Cass. civ. 3^e, 11 mars 2015, pourvoi n° 14-10447, L Dr. des contr. n° 5, 13 mai 2015, p. 7.

¹⁶⁵⁸ Cass. civ. 3^e, 6 juin 2012, pourvoi n° 11-12.893, inédit, qui retient une obligation pour le vendeur de notifier la vente pour le tout au preneur.

¹⁶⁵⁹ LSJ notariale et immobilière, obs. sous Cass. 3^e civ., 9 avr. 2014, n° 13-13.949, Bull. 2014, III, n° 52, LSJ n° 18 - 2 mai 2014 P.6

¹⁶⁶⁰ Legrand V. « La réforme du régime des baux commerciaux », PA n° 129, 30 juin 2014, p.5

Néanmoins, le législateur a eu, visiblement, un peu d'empathie à l'égard du « méchant bailleur », et surtout de sa famille. L'alinéa 6 de l'article L. 145-46-1 dispose que le droit de préemption « *n'est pas non plus applicable à (...) la cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint* ». Par conséquent, les cessions au profit du conjoint du bailleur, d'un de ses ascendants, d'un de ses descendants ou ceux de son conjoint, sont exclues du champ d'application du droit de préférence du locataire.

Cette exclusion est le prolongement de l'article L. 145-22 du code de commerce, en vertu duquel « *le bailleur peut refuser le renouvellement du bail exclusivement sur la partie concernant les locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux pour habiter lui-même ceux-ci ou les faire habiter par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint* ».

Il s'agit du droit de reprise du bailleur, lui permettant de reprendre les locaux, uniquement d'habitation loués à titre accessoire, pour sa famille. Toutefois, cette reprise ne s'exerce que si elle ne nuit pas gravement à l'activité du locataire.

667. Dans la loi Pinel, le législateur a également abordé le maintien du preneur par rapport à la qualité de celui-ci. En effet, dans certaines situations, qu'il soit étranger ou bien personne morale, le preneur pouvait ne pas recevoir le même traitement favorable que certains autres. Par ailleurs, le législateur a apporté une modification dans le cas d'un transfert du bail entraînant changement de preneur.

2- Le maintien du commerce quelle que soit l'identité ou la qualité du preneur

La loi Pinel apporte deux modifications au statut en ce sens, en s'intéressant au preneur étranger (a) et au preneur personne morale (b).

a- Un droit au renouvellement moralisé : celui du locataire étranger

668. Anciennes dispositions discriminatoires. – Le code de commerce comportait, depuis longtemps, des dispositions discriminatoires, désormais écartées par la loi Pinel. En effet, Le bail commercial, à son terme, ne prend fin ou ne se renouvelle que par l'effet d'un congé adressé par le bailleur ou le preneur, ou par l'effet d'une demande de renouvellement du preneur. A l'issue des neuf ans (durée minimale du bail), le locataire, propriétaire d'un fonds de commerce exploité dans les lieux loués, bénéficie du droit au renouvellement du bail commercial. Pour rappel, ce droit au renouvellement est d'ordre public.

Le premier alinéa de l'article L. 145-13 du code de commerce disposait que « *sous réserve des dispositions de la loi du 28 mai 1943 relative à l'application aux étrangers des lois en matière de baux à loyer et de baux à ferme, les dispositions de la présente section ne peuvent être invoquées par des commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers de nationalité étrangère, agissant directement ou par personne interposée, à moins que, pendant les guerres de 1914 et de 1939, ils n'aient combattu dans les armées françaises ou alliées, ou qu'ils n'aient des enfants ayant la qualité de Français* ».

Le second alinéa précisait toutefois que l'article n'était « *pas applicable aux ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen* ».

Il en résultait donc que les commerçants de nationalité étrangère ne bénéficiaient pas du droit au renouvellement. Deux exceptions existaient cependant. La première, s'ils avaient combattu dans les guerres de 1914 et de 1939 ou dans les armées françaises ou alliées. La seconde, s'ils avaient des enfants de nationalité française ou s'ils étaient ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Dans le cas contraire, la seule solution pour le locataire commerçant étranger était de constituer une société unipersonnelle, de droit français, et de lui apporter son droit au bail, ainsi que son fonds de commerce. Par le biais de ce mécanisme, il échappait aux dispositions discriminatoires du code de commerce.

669. Suppression « jurisprudentielle ». – Près de trois ans avant la loi Pinel, la Cour de cassation avait déjà opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 9 novembre 2011¹⁶⁶¹, rendu par sa troisième chambre civile. Décidant de faire prévaloir les principes du droit européen sur le texte de droit interne, celle-ci considère, pour la première fois, qu'une personne de nationalité turque ne peut être privée de son droit au renouvellement, parce qu'elle est étrangère, puisque ce droit est protégé par l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁶⁶¹ Cass. civ. 3e, 9 nov. 2011, pourvoi n° 10-30.291, Bull. 2011, III, n° 194
Romuald P., « Le locataire étranger sauvé de la précarité de l'article L. 145-13 du Code de commerce », JCP N n° 8-9, 24 Février 2012

Elle juge, ainsi, que les dispositions de l'article L. 145-13 du code de commerce, prévoyant une condition de nationalité du preneur, n'étaient pas justifiées par un motif d'intérêt général, et qu'elles devaient être écartées comme constitutives d'une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁶². Cet arrêt important condamnait, en quelque sorte, l'article L. 145-13 du code de commerce.

670. Suppression légale. – Mais il aura fallu attendre encore trois ans, pour que le code de commerce soit, définitivement, « *expurgé* »¹⁶⁶³ de ces dispositions discriminatoires, puisque la loi Pinel a, purement et simplement, abrogé cet article. Désormais, le statut des baux commerciaux est clairement applicable à tout preneur, et plus rien ne s'oppose à ce qu'un commerçant étranger exerçant son activité sous les mêmes conditions qu'un commerçant national, puisse bénéficier du droit au renouvellement de son bail commercial. Cette disposition est entrée en vigueur le 20 juin 2014.

b- Le preneur personne morale : la transmission du patrimoine en cas de transformation

671. Le législateur cherche à faciliter le transfert du bail commercial. – Jusqu'à la loi Pinel, le second alinéa de l'article L. 145-16 du code de commerce, modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, disposait qu'« *en cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société* », la société créée par la fusion, ou ayant bénéficié de l'apport d'actif était, sauf clause contraire, « *substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail* ». L'alinéa suivant ajoutait qu'en « *cas de cession, de fusion ou d'apport, si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes* ».

Il s'agissait de deux dispositions visant, légitimement, à faciliter le transfert du bail commercial, en cas de fusion de sociétés et en cas d'apport partiel d'actif. Celles-ci prévoyaient une substitution, une transmission automatique, sans que les sociétés concernées aient l'obligation d'observer les formalités contractuelles et légales de la cession.

¹⁶⁶² CEDH art. 14 : « *Interdiction de discrimination. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

¹⁶⁶³ Seube J-B. obs. sous Cass. civ. 3^e, 9 nov. 2011, pourvoi n° 10-30291, RDC n°2, 01 avril 2012, p.513

De plus, lorsque l'obligation de garantie de cession au profit du bailleur ne peut plus être assurée, le tribunal peut y substituer toute nouvelle garantie. En effet, en matière de cession du bail commercial, par le preneur, une clause de garantie est généralement insérée dans le contrat de bail initial. Par cette clause le preneur s'engage, envers le bailleur, à se porter garant solidaire de son cessionnaire, et des cessionnaires successifs, pour le paiement du loyer et l'exécution des conditions du bail.

672. Cependant, ces dispositions ne visaient, pas expressément, le cas d'une scission de société¹⁶⁶⁴, ou celui d'une transmission universelle de patrimoine¹⁶⁶⁵. Aussi, s'était installé un doute dans la pratique et, la jurisprudence n'ayant pas su solutionner cette absence, on ne savait pas s'il fallait assimiler ces deux opérations. Dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 9 avril 2014, on avait toutefois pu considérer que l'opération de transmission universelle de patrimoine ne constituait pas une cession de bail et que, dès lors, celle-ci ne devait pas être soumise aux formalités d'une telle opération¹⁶⁶⁶. Par conséquent, l'autorisation préalable du bailleur n'était pas requise.

La plupart des auteurs considéraient par analogie¹⁶⁶⁷ que les dispositions étaient également applicables à la scission, néanmoins, le doute subsistant, la loi Pinel devait intervenir.

673. En cas de fusion, de scission ou de transmission universelle de patrimoine, désormais. – La loi du 18 juin 2014 a mis un terme au doute, en modifiant l'alinéa 2 de l'article L. 145-16¹⁶⁶⁸ qui dispose, désormais, « *qu' en cas de fusion ou de scission de sociétés, en cas de transmission universelle de patrimoine d'une société réalisée dans les conditions prévues à l'article 1844-5 du code civil ou en cas d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues aux articles L. 236-6-1, L. 236-22 et L. 236-24 du présent code, la société issue de la fusion, la société désignée par le contrat de scission ou, à défaut, les sociétés issues de la scission, la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine ou la société bénéficiaire de l'apport sont, nonobstant toute stipulation contraire, substituées à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail* ».

¹⁶⁶⁴ C. com. Art., L. 236-1

¹⁶⁶⁵ C. civ. Art., 1844-5

¹⁶⁶⁶ « *En cas de dissolution après réunion en une seule main des parts d'une société preneuse à bail commercial, il y a transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, en ce inclus le droit au bail. Cette opération ne constitue pas une cession de bail et ne nécessite donc pas l'autorisation du bailleur prévue au contrat* » Voir Rouquet Y., note sous Cass. civ 3^e, 9 avril 2014, DP, 28 avril 2014 ; Et Brault P.-H., Chavance E., note sous Cass. civ 3^e, 9 avril 2014, Loy. et cop. juin 2014

¹⁶⁶⁷ Mortier R., note sous CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 22 sept. 2011, n° 10/04401, Droit des sociétés n° 2, Février 2012

¹⁶⁶⁸ Loi 18 juin 2014, article 6, II, 2° et 3°

En outre, l'article prévoit également la substitution en cas de scission du preneur ou de transmission universelle de patrimoine. Ainsi, la société bénéficiaire, ou la nouvelle société, est automatiquement substituée dans tous les droits et toutes les obligations liées au bail¹⁶⁶⁹. Cette extension, par l'article 6 de la loi nouvelle, est d'application immédiate, d'ordre public et, ainsi, les clauses contraires sont réputées non écrites.

674. Une mesure qui nous apparaît positive. – Dans la pratique, il était très fréquent qu'un locataire, souhaitant se restructurer, doive verser une compensation au bailleur, lorsqu'une clause de son bail lui imposait l'accord de ce dernier. Le législateur, ayant pris note de ce frein à l'économie, notamment au moment de la transformation, ou de la reprise de certaines grandes entreprises¹⁶⁷⁰, met donc fin à cette pratique déloyale et source de déséquilibre. Cela constitue, également, une garantie pour le bailleur, dans la mesure où la restructuration est source généralement de pérennité, et donc de garantie de paiement du loyer.

c- Le changement de preneur, et la garantie solidaire, désormais, moins source de déséquilibre

675. Changement de preneur en cours de bail. – La loi Pinel s'est intéressée à une situation concernant le changement de preneur, en cours de bail. En effet, le législateur a souhaité limiter les effets juridiques, pesant pour le locataire, d'une clause qui figure, probablement, parmi celles systématiquement insérées dans les contrats de baux commerciaux : il s'agit de la clause de garantie solidaire. Celle-ci est une sorte d'assurance au profit du bailleur, lorsque le bail commercial est cédé par le preneur, puisque si le nouveau preneur ne paie plus ses loyers au bailleur, ce dernier pourra se retourner contre le preneur cédant.

676. Pratique ancienne de garantie à durée peu délimitée. – Ainsi, la plupart des baux commerciaux contiennent la stipulation selon laquelle le locataire cédant demeure garant solidaire du cessionnaire, en cas d'impayé, après la cession du contrat. Avant la loi Pinel, il était tout à fait possible de prévoir une telle garantie pour une durée très longue. Les baux anciens prévoyaient même que le locataire restait garant jusqu'à la fin du deuxième renouvellement du bail commercial ...

¹⁶⁶⁹ C. com., Art., L. 145-16 du Code de commerce, réd. L. 18 juin 2014, article 6, II, 2° et 3°

¹⁶⁷⁰ Sans citer ces enseignes, les bailleurs avaient, pour information, cherché à bloquer le transfert du bail commercial.

677. Limitation à trois ans. Une garantie qui perd de son intérêt. – « *La loi du 18 juin 2014 a introduit une limitation drastique dans le temps de la garantie solidaire du cédant du bail au profit du bailleur pour les dettes locatives du cessionnaire* »¹⁶⁷¹. En effet, la clause en question est maintenant régie par le code de commerce et limitée dans le temps, puisque le bailleur ne pourra plus l'invoquer que durant trois années « *à compter de la cession du bail* », en vertu de l'article L. 145-16-2 nouveau du code de commerce¹⁶⁷².

Par conséquent, cette clause, destinée à opérer un rééquilibrage au profit du bailleur, ce dernier n'ayant pas choisi son nouveau locataire, apparaît perdre plus ou moins de son intérêt. Même si une durée de trois ans reste assez conséquente, le texte ne précise pas quelles doivent être les modalités de cette information. Il ne précise pas, non plus, quelle est la sanction applicable. Pour certains auteurs, il apparaît logique de considérer que « *le bailleur engage sa responsabilité pour faute à hauteur du préjudice subi par le cédant* »¹⁶⁷³. Quant à la possibilité d'expurger le bail, judiciairement, cette disposition, pourquoi ne pas considérer que le juge puisse considérer cette clause non écrite car abusive, et entraînant un déséquilibre ?

678. Absence de réglementation de la clause de garantie solidaire inversée. – Monsieur Kendérian relève que « *le sort réservé à cette clause tranche avec l'absence totale de réglementation de la clause de garantie solidaire « inversée », c'est-à-dire pesant sur le cessionnaire* »¹⁶⁷⁴. La clause de garantie solidaire inversée est une garantie de paiement des loyers similaire sauf que, dans ce cas de figure, le cessionnaire est garant des loyers (anciens) non payés par le locataire cédant.

Cette clause n'est pour l'instant visée par aucune réglementation. Le bailleur a tout intérêt « *à prévoir systématiquement la réciprocité de la clause de garantie solidaire* »¹⁶⁷⁵, puisque cela lui assure, par exemple, une quasi-sureté supplémentaire en cas de procédure collective éventuelle. La jurisprudence n'a à l'heure actuelle pas invalidée cette pratique. Peut-être que celle-ci est amenée à se généraliser. Ce n'est étrangement pas encore le cas, selon les auteurs.

¹⁶⁷¹ Monéger J., « Baux commerciaux – Chronique », JCP E. n° 4, 25 Janvier 2018, 1041

¹⁶⁷² C. com., Art. L. 145-16-2, réd. L. 18 juin 2014, art. 8

¹⁶⁷³ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD com. 2014, p. 535

¹⁶⁷⁴ Kendérian F., « Bail commercial : de la garantie solidaire du cédant à celle du cessionnaire ? », JCP E n° 48, 26 Novembre 2015, 1590

¹⁶⁷⁵ Ibidem

679. Obligation d'information. – Notons que le législateur a inséré une obligation d'information du bailleur au cédant garant¹⁶⁷⁶, à l'article L. 145-16-1 du code de commerce : *« ce dernier informe le cédant de tout défaut de paiement du locataire dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée par celui-ci »*¹⁶⁷⁷.

Cela traduit le souci du législateur d'améliorer l'information et la transparence, dans la relation unissant les deux parties que sont le bailleur et le preneur. La souplesse nécessaire à l'équilibre de cette relation se retrouvent, ainsi, dans la communication entre les deux parties.

Paragraphe 2 - La communication entre le locataire et le bailleur : la transparence nécessaire à l'équilibre des relations, dans la négociation et l'exécution du bail

680. Négociations entre partenaires. – Selon le Larousse, les négociations sont les *« discussions, les pourparlers entre des personnes, des partenaires, menés en vue d'aboutir à un accord »*¹⁶⁷⁸. Négocier un bail commercial induit, en effet, la transmission des informations nécessaires entre les deux futurs partenaires que sont le bailleur et le locataire, afin que chacun soit libre d'accepter, en parfaite connaissance de cause, la signature dudit bail commercial. Il est nécessaire de procéder à pareil échange, dans les pourparlers tendant à renouveler le bail commercial.

681. Une collaboration dépendante du profil des parties. – Les leçons, tirées de la pratique, permettent de comprendre que, si le propriétaire des lieux est placé en position de supériorité, alors celui-ci pourra imposer le contenu du contrat à son locataire qui se trouve, alors, priver de toute possibilité réelle de négociation. En revanche, lorsque le futur locataire est suffisamment au fait des dispositions du statut, qui lui sont favorables, il devrait être, en réalité, en capacité de tirer profit de la protection forte que la loi lui offre, en tant que « partie faible ». Dès lors, puisque le preneur n'a plus le même profil qu'au moment de l'adoption du décret de 1953, et que celui-ci est, plus que l'on peut l'imaginer, bien au fait de la législation ou bien conseillé par son conseil juridique, nous constatons que les relations unissant le bailleur et le locataire ont sensiblement évolué.

¹⁶⁷⁶ Comme en matière de contrat de cautionnement, il est prévu que le cédant qui garantit le cessionnaire, en vertu d'une clause de garantie, doit être informé des incidents de paiements de ce dernier.

¹⁶⁷⁷ Pour quelques décisions récentes sur l'application de ce devoir d'information : TGI Paris, 18e ch., 2e sect., 1er oct. 2015, RG n° 14/08610 ; Paris, ch. 1-2, 3 sept. 2015, n° 14/14196

¹⁶⁷⁸ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>

682. Information et bonne foi, pour l'équilibre économique. – La stratégie des parties n'est plus la même qu'« autrefois » et, ceci, aussi bien dans la phase précontractuelle que pendant l'exécution du contrat. En effet, le « rapport de force » dans la relation se construit avant même la conclusion du bail commercial, mais a aussi des incidences importantes sur la suite de la relation commerciale. Ainsi, nous constaterons que le législateur cherche à imposer aux parties un large devoir d'information (**A**) qui, combiné avec l'obligation de bonne foi (**B**), va permettre de maintenir un équilibre économique dans le bail commercial aussi bien pendant la négociation que l'exécution du bail commercial.

A) Le souci de transparence du législateur affirmé par les effets légaux d'un arsenal de dispositifs

683. Tout contrat conclu depuis le 1er septembre 2014, doit comprendre un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et leur répartition entre le bailleur et le preneur¹⁶⁷⁹. Mais cette répartition n'est pas, pour ce qui est du renforcement de la transparence et la communication dans le bail commercial, une véritable nouveauté puisque la jurisprudence l'exigeait déjà auparavant. La vraie innovation concerne l'information que le bailleur doit au preneur au cours du bail commercial (**1**). Cette information semble confortée par la nouvelle réglementation précontractuelle du code civil (**2**).

1- Le renforcement de l'information, due au preneur, par la loi Pinel

Ce renforcement de l'information concerne la régularisation des charges (**a**) et l'obligation d'établir un état récapitulatif et prévisionnel des travaux (**b**).

a- La régularisation, obligatoire, des charges réparties par le bail commercial

684. Nouveau devoir d'information du bailleur. – L'article L. 145-40-2 du code de commerce prévoit, qu'en cours de bail commercial, « *le bailleur informe le locataire des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux* ». Cela signifie qu'en cas de régularisation des charges, de changement de répartition, ou de nouvelles charges, le bailleur a, désormais, un devoir d'information vis-à-vis du locataire. Cette nouvelle obligation, qui rompt avec l'impression d'opacité entourant la répartition habituelle des charges entre les parties, est une véritable nouvelle protection du locataire. Cela marque la fin des clauses très générales et donc une fois encore du bail triple net dont la pratique semble bel et bien remise en question. Le

¹⁶⁷⁹ Supra n° 451

locataire devrait, ainsi, être mieux informé et bénéficier d'une transparence lui offrant, sans doute, une meilleure prévisibilité.

685. Un état récapitulatif annuel des charges et autres dépenses. – Un état récapitulatif annuel de l'inventaire précis et limitatif vu précédemment¹⁶⁸⁰ doit également être adressé au locataire par le bailleur, au plus tard le 30 septembre, ou pour les immeubles en copropriété, dans les trois mois à compter de la reddition des charges de copropriété sur l'exercice annuel, en vertu de l'article R. 145-36 du code de commerce, créé par le décret du 3 novembre 2014. Ce même article permet au locataire de demander « *tout document justifiant le montant des charges, impôts, taxes et redevances imputés à celui-ci* ».

686. Formalisme lourd ? – Cette courte disposition ne donne aucune indication quant à la nature de la réponse du bailleur. Il semblerait que « *la simple consultation des éléments du dossier au siège du gestionnaire de l'immeuble ne pourrait être considérée comme satisfaisante, et que l'obligation légale pourrait aboutir (...) à l'envoi de volumineux dossiers comportant les différentes pièces justificatives dont la communication serait sollicitée par le preneur* »¹⁶⁸¹. Toutefois, nous ne savons pas réellement si le législateur souhaitait que les parties annexent au bail commercial les dépenses réalisées par la copropriété. Comme le font très justement remarquer les praticiens, ces dépenses ne sont pas connues en avance, mais en l'année « N+1 ». Pourtant, selon nous, il apparaîtrait surprenant que le fait d'annexer les dépenses de l'année précédente puisse suffire.

687. Une absence de sanction, déjà comblée par les récentes décisions. – Comme ont pu le souligner les auteurs, aucune sanction n'est prévue¹⁶⁸² en cas de carence de l'obligation d'information. Mais, si l'article L. 145-40-2 ne prévoit pas de sanction, un arrêt récent de la Cour de cassation semble déjà nous éclairer sur celle que cette dernière appliquera, dans le futur, à savoir le remboursement des charges non régularisées¹⁶⁸³. Cet arrêt, ayant été rendu le 5 novembre 2014, nous remarquons qu'avant même la publication du décret les juges ont, ainsi, déjà étendu l'obligation d'information des bailleurs.

688. Un dispositif moins clairement défini qu'en matière de bail d'habitation. – Il peut paraître étonnant que l'article ne prévoit pas, plus clairement, une obligation de tenir à la

¹⁶⁸⁰ Supra n° 420 et s.

¹⁶⁸¹ Brault P.-H., « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en oeuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 », Loyers et copr. n° 12, Décembre 2014

¹⁶⁸² Ibidem

¹⁶⁸³ Cass. civ. 3e, 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.451, Bull. 2014, III, n° 138

disposition du preneur les documents justifiant les dépenses réglées par le bailleur. Le législateur aurait, par exemple, pu s'inspirer de la réglementation applicable aux baux d'habitation¹⁶⁸⁴ puisque celle-ci prévoit, par exemple, que le propriétaire conservera les justificatifs pendant six mois. Selon Monsieur Brena¹⁶⁸⁵, « *il semble que l'obligation de justifier de la dépense accompagne l'exigibilité du remboursement, non l'état récapitulatif (et) sans doute le locataire pourrait-il s'opposer au paiement de charges que le bailleur ne serait pas en mesure de justifier au moment où le paiement en est réclamé* ».

Peut-être faudra-t-il également considérer, en s'inspirant de ces baux d'habitation, que lorsque les charges sont prévues réglables par provision et si le bailleur ne procède pas à une régularisation, celui-ci ne puisse pas être en position de réclamer le remboursement des charges échues ou à échoir¹⁶⁸⁶. Le bailleur serait peut-être même contraint de rembourser les règlements effectués par le preneur¹⁶⁸⁷, mais cette éventualité est à relativiser dans ses effets graves puisqu'il conserve la possibilité d'apporter les justificatifs « en cours d'instance »¹⁶⁸⁸.

b- L'obligation d'un état prévisionnel et récapitulatif des travaux

689. Une impossibilité d'anticipation visée par le législateur. – Dans la pratique, ne pas pouvoir anticiper les travaux futurs était un risque pour le locataire, qui pouvait, dangereusement, nuire à l'équilibre et à la pérennité de son activité, exploitée dans les locaux loués.

690. Etats prévisionnel et récapitulatif. – L'article L. 145-40-2 du code de commerce prévoit, désormais, l'obligation pour le bailleur de communiquer au locataire un certain nombre de documents. En son second alinéa, il impose que, « *lors de la conclusion du contrat de location, puis tous les trois ans, le bailleur communique à chaque locataire : Un état prévisionnel des travaux qu'il envisage de réaliser dans les trois années suivantes, assorti d'un budget prévisionnel ; Un état récapitulatif des travaux qu'il a réalisés dans les trois années précédentes, précisant leur coût.* »

Le bailleur doit donc fournir au locataire, aussi bien lors de la conclusion du bail, que de son renouvellement, ou de ses échéances triennales, l'état prévisionnel et le budget prévisionnel des

¹⁶⁸⁴ Loi n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 23

¹⁶⁸⁵ Brena S., « Les nouveaux enjeux juridiques et financiers des charges et travaux dans le statut des baux commerciaux », RDL n° 973, 1er janvier 2017

¹⁶⁸⁶ CA Paris, 20 mars 2007, n° RG : 05/09544

¹⁶⁸⁷ Cass. civ. 3e, 5 nov. 2014, pourvoi n° 13-24.451, Bull. 2014, III, n° 138

¹⁶⁸⁸ CA Paris, pôle 4, ch. 3, 7 mai 2014, n° RG : 12/01204

travaux, qu'il envisage de réaliser dans les trois années à venir, ainsi que l'état récapitulatif des travaux effectués au cours des trois dernières années. L'état récapitulatif des travaux doit, en outre, mentionner le coût de ceux-ci. Le locataire paraît, ainsi, mieux informé des intentions de son bailleur.

691. Absence de sanction en cas de non-respect de cette obligation – Néanmoins, on peut, tout d'abord, se demander comment ce dernier peut connaître, trois ans à l'avance, les travaux qu'il compte effectuer. Il est, évidemment, des situations dans lesquelles les propriétaires envisagent, par anticipation, tout projet de réaménagement à venir dans son immeuble. Toutefois, il n'est pas rare qu'un tel projet se réalise de manière plus spontanée.

Nous relevons, par ailleurs, que de la même manière que pour la régularisation obligatoire des charges, rien n'a été prévu en matière de sanction pour l'information relative aux travaux. A s'en tenir aux seuls textes de 2014, émanant du législateur, ainsi qu'au statut des baux commerciaux dans sa globalité, il semblerait que le fait de ne pas prévoir les travaux envisagés par le bailleur, dans un état prévisionnel, ne soit pas susceptible d'une quelconque sanction.

Il nous apparaît, par conséquent, juste de penser, qu'en pratique, au moment de rédiger les annexes du bail et l'état prévisionnel des travaux, ou trois ans plus tard au moment d'en fournir de nouveaux au locataire, le bailleur se contentera, purement et simplement, d'apposer la mention « NEANT », en face dudit prévisionnel. En effet, pourquoi serait-il obligé d'avoir déjà songé à des travaux futurs ? C'est d'ailleurs, peut-être, la cause de cette absence de sanction. La portée du texte semble, de ce fait, à relativiser.

692. Portée et valeur de l'information donnée au locataire ? – Si l'on prend, ensuite, le problème dans l'autre sens, on pourrait tout aussi bien s'interroger sur le fait que le bailleur soit tenu de mettre en œuvre les travaux qu'il avait envisagés, et communiqués au locataire. Monsieur Denizot¹⁶⁸⁹ conseille aux parties de ne pas prendre de risque inutile, et d'inscrire, dans le bail commercial, que le bailleur aura la faculté discrétionnaire de réaliser, ou non, les travaux. Rappelons, en ce sens, que le texte ne fait que viser des travaux « *envisagés* », et non des travaux planifiés et voués à se concrétiser.

¹⁶⁸⁹ Denizot C., « Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges. Analyse de l'article L. 145-40-2 du code de commerce », AJDI 2014, p.591

Selon ce même raisonnement, dans le cas où le bailleur réaliserait bien les travaux annoncés, sans respecter « à la virgule » le budget initialement prévu dans l'état prévisionnel, il ne nous semble pas falloir considérer que cela puisse être reproché au bailleur. L'affirmer serait encourager le locataire à rechercher la responsabilité du bailleur, en se fondant sur l'écart entre le budget annoncé et le montant final des travaux, afin de réduire son éventuelle obligation de participer à ceux-ci.

C'est ce que considère Monsieur Brena¹⁶⁹⁰, selon qui « *le prévisionnel implique l'imprécision et l'obligation du bailleur dans l'évaluation du montant des travaux ne peut être qu'une obligation de moyens. Seules sa malhonnêteté et sa négligence grave dans l'évaluation du montant de ces travaux devraient donner lieu à engagement de sa responsabilité civile* ». A l'inverse, l'auteur considère que le locataire ne devrait pas être contraint de subir les travaux, uniquement parce que le bailleur avait bien pris soin de les annoncer dans l'état prévisionnel. Ce sera, notamment, le cas si les travaux lui causent un trouble de jouissance dans son exploitation.

693. Doublon état récapitulatif annuel des charges, et état récapitulatif « triennal » des travaux ? – Il aurait pu être souligné que la pertinence de cette nouvelle obligation pouvait être, également, remise en cause dans la mesure où existe déjà l'état récapitulatif annuel des travaux¹⁶⁹¹. Dans cette optique, il s'agissait au mieux d'une révision des informations déjà transmises et au pire d'une astuce pour que le bailleur entretienne une certaine opacité dans les travaux futurs. Cependant, nous pensons pertinent de considérer que l'état récapitulatif annuel, visant selon l'article L. 145-40-2 du code de commerce les « *charges, impôts, taxes et redevances* », puisse ne pas concerner les travaux. En effet, cette « programmation anticipée » des travaux, pour les trois ans à venir, assez lourde pour le bailleur, ne concerne textuellement, quant à elle, que les seuls « *travaux* », et non les « *charges* ». Il ne s'agit, en conséquence, pas d'un doublon.

694. Travaux concernés. – Nous pouvons, en revanche, nous demander quels sont les travaux concernés par cette obligation. Il n'y a aucune précision quant à cette question, et l'on peut dès lors estimer que tous sont concernés.

¹⁶⁹⁰ Brena S., *ibidem*

¹⁶⁹¹ Supra n° 685

Par ailleurs, il n'est pas non plus fait mention dans les textes de l'obligation détresser la liste, à la fois, les travaux qui seraient effectués par le bailleur et, à la fois, ceux effectués par le locataire. Nous pourrions considérer qu'il s'agit de l'information du locataire et que, dès lors, le fait que le bailleur omette de faire figurer, par exemple, les travaux qu'il serait lui-même amené à supporter par la suite, ne constitue pas une atteinte à cette nouvelle obligation. Mais, une fois encore, ressurgit la problématique de l'absence de sanction clairement définie.

695. Complexification des règles. – De plus, une autre interrogation peut être faite. Par cette réforme, n'y avait-il pas une recherche de simplification ? Ici en la matière, point de simplification administrative, comme le souligne ironiquement Monsieur Brault : « *les gouvernements successifs auraient dû songer à développer une filière française de machines à photocopier ou à scanner les documents* »¹⁶⁹².

L'article R. 145-37 du code de commerce prévoit le délai dans lequel le bailleur doit fournir ces informations et indique que ce dernier a « *deux mois à compter de chaque échéance triennale* » pour prendre les dispositions nécessaires », et que le preneur a le droit de demander au bailleur tout document justifiant le montant des travaux. En revanche, il n'y a, à nouveau, aucune précision quant au formalisme devant être mis en œuvre. Dans la pratique, les professionnels du droit, ainsi que les seules parties au contrat, se contenteront probablement d'annexer les états (prévisionnels et récapitulatifs) au contrat de bail commercial, lors de la signature de celui-ci.

696. Bien que dépourvues de sanction, ces dispositions sont applicables depuis la publication du décret du 3 novembre 2014, c'est à dire depuis le 5 novembre 2014. L'ordonnance de 2016, réformant le droit des contrats, pourrait apporter une sanction, aussi bien aux dispositions relatives à l'information concernant les travaux, qu'à la régularisation obligatoire des charges.

2- La nouvelle réglementation précontractuelle du code civil, au service des lacunes du statut des baux commerciaux

Avec la réforme du droit des contrats, ratifiée en 2018, nous constatons une nouvelle obligation précontractuelle d'information compatible avec certains mécanismes de la loi Pinel (a). Nous relevons également une nouvelle faculté de recueillir une information s'agissant de la présence éventuelle d'un pacte de préférence (b).

¹⁶⁹² Brault P.-H., *ibidem*

a- Une obligation d'information précontractuelle compatible avec les précédents mécanismes issus de la loi Pinel

697. Codification d'une obligation d'information précontractuelle. – « *La réforme du droit des obligations a, comme la loi Pinel du 18 juin 2014, introduit des mécanismes qui tentent de rééquilibrer la situation contractuelle par le contrat* » mais également « *des mécanismes qui permettent de renforcer la force obligatoire des contrats* »¹⁶⁹³. En effet, est désormais présent au sein du code civil, un véritable droit de la phase précontractuelle, ou de la négociation du contrat. Celui-ci provient, certes, principalement d'une intégration de la jurisprudence définie par les juridictions, mais figurent désormais à l'article 1112-1 du code civil les dispositions suivantes :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. (...) Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

(...) Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

Le législateur introduit donc une obligation d'information précontractuelle au sein du code civil. Néanmoins, à nouveau¹⁶⁹⁴, le législateur choisit d'exclure le prix de son nouveau dispositif¹⁶⁹⁵, en respectant une jurisprudence bien établie¹⁶⁹⁶. Cette exclusion n'est pas significative pour les baux commerciaux puisque, dans cette matière, le loyer est déterminé librement par les parties, et seul le juge, par la mise en œuvre d'un mécanisme spécial, peut intervenir pour faire évoluer celui-ci¹⁶⁹⁷.

698. Un article 1112-1 au secours de la loi Pinel – Chaque partie est désormais tenue de porter, à la connaissance de l'autre, toute information primordiale dans son choix de conclure, ou ne pas conclure, le contrat. Pour ce qui est de la négociation des contrats de baux

¹⁶⁹³ Chaoui H., « La négociation et la conclusion du bail commercial : incidence de la réforme du droit des contrats », *Loyers et Copr.* n° 10, Octobre 2016, dossier 10

¹⁶⁹⁴ A l'image des dispositions concernant le déséquilibre significatif de l'article 1171 du code civil

¹⁶⁹⁵ Chaoui H., *ibidem*

¹⁶⁹⁶ Cass. civ., 3 mai 2000, pourvoi n° 98-11.381, *Bull.* 2000 I N° 131 p. 88

¹⁶⁹⁷ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », *RTD Com.* 2016, p.427

commerciaux, le bailleur est la partie du contrat qui est tenue à fournir un certain nombre d'informations. Nous avons ainsi pu constater qu'en vertu de l'article L. 145-40-2 du code de commerce, le bailleur doit maintenant respecter son obligation d'informer le locataire des travaux effectués dans les locaux, ou d'informer celui-ci des travaux à venir dans les trois ans, ou encore de régulariser annuellement les charges du contrat.

Il a été démontré que le nouvel article 1112-1 du code civil pourrait tout à fait compléter l'ensemble de ce dispositif. En effet, bien avant la réforme du droit des contrats, les commentateurs de la loi Pinel relevaient que, puisque « *aucune sanction expresse n'est prévue lorsque l'information n'est pas fournie, il faudra en appeler au droit commun des contrats pour la trouver* »¹⁶⁹⁸. A ce titre, l'entrée en vigueur du nouvel article 1112-1 du code civil, plusieurs années après l'entrée en vigueur de la loi Pinel, pourrait solutionner l'absence de sanction de l'article L. 145-40-2 du code de commerce. Ces dispositions étant d'ordre public, il ne fait en effet aucun doute que le bailleur, ne les respectant pas, devra bien être sanctionné d'une manière ou d'une autre.

Ainsi, pour une grande partie des auteurs « *l'obligation d'information précontractuelle visée au futur article 1112-1 du code civil constitue un fondement textuel qui pourrait permettre de sanctionner les manquements éventuels des bailleurs qui ne respecteraient pas cette obligation d'information* »¹⁶⁹⁹. Dès lors, tout bailleur manquant à son obligation d'information, telle que définie par l'article L. 145-40-2, pourrait en application de l'article 1112-1, voir sa responsabilité engagée et son bail commercial annulé « *si son manquement a provoqué un vice du consentement* »¹⁷⁰⁰.

699. Anticipation sur l'application de l'article aux baux commerciaux. – Un doute subsiste tout de même sur le contenu de l'information précontractuelle, indépendamment de l'article L. 145-40-2 du code de commerce. On peut, en effet, se demander quelles autres informations devraient être apportées par le bailleur au locataire en application du seul droit commun.

La réponse est peut-être à trouver dans les droits voisins puisqu'une telle obligation existe, par exemple, déjà en droit de la distribution. Plus précisément, on retrouvait auparavant cette

¹⁶⁹⁸ Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014, p.535

¹⁶⁹⁹ Chaoui H., *ibidem*

¹⁷⁰⁰ Cellard F., « La réforme du droit des contrats et des obligations en 10 points : quels effets sur la pratique du droit des affaires ? », LPJ 29 août 2016

obligation d'information précontractuelle dans la réglementation applicable aux contrats de franchise, à savoir dans la loi dite Doubin¹⁷⁰¹. Selon cette réglementation, « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque, une enseigne, en exigeant d'elle une exclusivité ou une quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Rappelons que le document en question, contenant donc ces informations déterminantes, doit être transmis à l'autre partie 20 jours, au minimum, avant la conclusion du contrat. Il doit, ainsi, contenir les éléments détaillés relatifs, notamment, à l'identité de la partie concernée, à son entreprise, à l'étude de marché, etc. ... Par transposition au bail commercial, on pourrait considérer, pourquoi pas, possible d'exiger du bailleur que celui-ci fournisse au preneur l'état du marché en présence, par exemple les prix de loyer couramment pratiqués. Cela paraît pertinent.

Le droit de la concurrence, et le droit commercial, se sont d'ailleurs déjà inspirés de ce document d'information. En effet, la loi Macron du 6 août 2015 a pu créer une convention unique, dont le but est de faire la « retranscription » de la négociation précontractuelle menée entre un grossiste et son fournisseur¹⁷⁰². Il serait, dès lors, judicieux de s'inspirer de ce qui est pratiqué en droit de la concurrence.

Un arrêt¹⁷⁰³ concernant une relation professionnel-consommateur avait, ainsi, clarifier l'obligation d'information dans la négociation en expliquant que, pratiquement, il n'était pas question uniquement de veiller à ce que le contrat soit compris par le consommateur, mais bien de prendre garde à ce que le professionnel lui transmette une information permettant « *d'évaluer sur le fondement de critères intelligibles les conséquences économiques qui en découlent pour lui* », en vérifiant « *si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte la clause concernée à la suite d'une négociation individuelle* ».

Signalons, également, que le devoir d'information ne concerne pas uniquement la négociation du bail commercial initial. Le renouvellement du bail commercial, emportant conclusion d'un nouveau bail commercial, et également parfois source d'interrogations, doit conduire les parties à communiquer sur la suite que celles-ci souhaitent donner à leur relation commerciale. Volonté

¹⁷⁰¹ C. com. Art. L. 330-3, issu de l'article premier de la loi du 31 décembre 1989

¹⁷⁰² C. com. Art. L. 441-7

¹⁷⁰³ CJUE 20 sept. 2017 aff. C-186/16

de poursuivre le bail, volonté de le faire en concluant un avenant ou en signant un nouveau bail, volonté de profiter d'un tel acte pour refondre en totalité le contrat et, ainsi, pérenniser les clauses et conditions du bail expiré, sont quelques « exemples d'intentions » qui ne sont, dans la pratique, jamais communiquées en temps et en heure au cocontractant.

700. Déséquilibre de l'article 1112-1. – La jurisprudence devra, de toute manière, définir clairement quelle est l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information du bailleur. Certains auteurs, comme Monsieur Vogel, ne voit pas d'un bon œil le nouveau devoir d'information du code civil. Celui-ci serait un « *échappatoire à celui qui veut renier ses engagements, en faisant valoir qu'il n'a pas été correctement informé* ». De plus, « *le devoir de se renseigner (...) n'est pas mentionné dans le texte* »¹⁷⁰⁴ ce qui traduit, peut-être, un certain déséquilibre dans la rédaction de l'article.

b- Bail commercial et avant-contrat : un autre droit de préférence de droit commun, emportant devoir d'information du locataire

701. Un régime émanant, antérieurement, de la jurisprudence. – « *S'étaient développées des pratiques contractuelles, des contrats dits « préparatoires » ou des avant-contrats, devenus indispensables lorsque les intérêts en jeu présentaient une certaine importance, comme c'est le cas souvent des baux commerciaux* »¹⁷⁰⁵. La réforme du droit des contrats met fin à une problématique, concernant deux avant-contrats, jusqu'à présent uniquement solutionnée par la jurisprudence. En effet, avant la réforme, le code civil ne prévoyait que le cas de la « promesse de vente ». Celle-ci figurait à l'article 1589 du code civil. Le législateur par cette réforme a donc souhaité mettre fin au silence de cet article, en en créant deux nouveaux qui définissent, d'une part, la promesse unilatérale et, d'autre part, le pacte de préférence. Ils « *deviennent ainsi deux avant-contrats nommés* »¹⁷⁰⁶.

702. Deux avant-contrats régis par le code civil. – Le pacte de préférence, selon le nouvel article 1123 du code civil, est dorénavant « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». La promesse unilatérale quant à elle, en vertu du nouvel article 1124 du même

¹⁷⁰⁴ Vogel J., « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », AJC 2017, p.470

¹⁷⁰⁵ Auque F., « Le temps et la réforme du droit des contrats - Incidences sur les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 5

¹⁷⁰⁶ François C., « Le pacte de préférence et la promesse unilatérale », Ressources Open Access de l'institut d'études judiciaires Jean Domat, iej.univ-paris1.fr

code, est « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

Les deux articles, dans leurs autres alinéas, précisent le régime applicable à chacun de ces deux avant-contrats. Nous pensons, comme certains auteurs, que cette codification « *aura nécessairement un impact sur les conditions dans lesquelles les baux commerciaux sont négociés ou conclus* »¹⁷⁰⁷.

703. Nouvelle action interrogatoire pour le pacte de préférence. – Pour ce qui est du pacte de préférence, la jurisprudence selon laquelle « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur (...) à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* »¹⁷⁰⁸ est intégrée au code civil. Néanmoins, la réforme intègre une nouvelle action dite « *interrogatoire* ». Il s'agit d'une nouvelle obligation d'information. Elle donne le droit à celui qui souhaiterait conclure un contrat de solliciter un tiers, afin de lui demander s'il dispose d'un pacte de préférence et s'il souhaiterait en user pour conclure lui-même ledit contrat.

704. Nouvelle règle pour la promesse unilatérale. – S'agissant de la promesse unilatérale, la jurisprudence selon laquelle « *tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* »¹⁷⁰⁹ est tout bonnement évincée. La réforme opère une sorte de renversement de principe puisque, désormais, « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* »¹⁷¹⁰. Cette rectification apparaît bienvenue et semble susceptible d'amener à la fois sécurité et efficacité juridique. Selon Madame Auque, les nouvelles dispositions propres à la promesse unilatérale ne posent strictement aucun problème de compatibilité, et d'application, avec le bail commercial. En revanche, « *le pacte de préférence pose des questions plus délicates nées de la nécessité de combiner droit commun et droit spécial* »¹⁷¹¹. La solution tendant à indemniser

¹⁷⁰⁷ Chaoui H., *ibidem*

¹⁷⁰⁸ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19.376, Pater Pere c/ Solari, Bull. 2006 MIXT. N° 4 p. 13

¹⁷⁰⁹ Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, pourvoi n° 91-10.199, Bull. 1993 III N° 174 p. 115

¹⁷¹⁰ C. civ. Art. 1224, Al. 2

¹⁷¹¹ Auque F., *ibidem*

le bénéficiaire du pacte, en cas de signature avec un tiers, ne devrait néanmoins pas poser de difficulté, puisqu'elle était déjà appliquée aux baux commerciaux en jurisprudence¹⁷¹², tout comme l'insertion de cette nouvelle action interrogatoire. Signalons, d'ailleurs, que pour Madame Auque « *la réforme réalise un parfait équilibre entre le droit du bénéficiaire et la protection due aux tiers par ces dispositions qui devraient intéresser les baux commerciaux* »¹⁷¹³.

Ce nouveau dispositif devrait donc trouver application lorsque les parties, titulaires d'un bail commercial initial, prévoient, au sein de celui-ci, un pacte de préférence en cas de transmission de l'activité ou du bail. L'application serait également possible, en principe, pour la situation plus simple, mais moins courante, où les parties seraient face à un pacte de préférence prévoyant simplement la conclusion future d'un bail commercial.

705. Deux droits de préférence pour le bail commercial – Comme nous l'avons déjà relevé dans cette thèse¹⁷¹⁴, le locataire commercial dispose, depuis la fin d'année 2014, d'un droit de préemption en cas de changement de propriétaire du local¹⁷¹⁵ loué. Il y aurait potentiellement, désormais, deux droits de préférence de régimes distincts pour le bail commercial. Se pose, ainsi, la question de la compatibilité entre ce droit de préférence « commercial », et le nouveau droit de préférence du code civil.

Comme nous l'avons déjà expliqué, beaucoup d'auteurs considèrent le droit de préemption, issu de la loi Pinel, comme étant d'ordre public¹⁷¹⁶. Antérieurement à la loi Pinel, on considérait qu'en cas de cession, notamment, les effets d'un pacte de préférence devaient être limités, voire exclus¹⁷¹⁷. Avec l'ordre public du droit de préemption ce ne serait, dès lors, plus possible. Néanmoins, même en présence d'un ordre public, les parties conservent la possibilité de stipuler des dispositions plus favorables au locataire, ce qui pourrait donc être le cas des mécanismes issus du droit commun.

Enfin, rappelons que les dispositions relatives au droit de préemption issu de la loi Pinel ne sont pas claires concernant la sanction applicable en cas d'irrespect par le bailleur de cette obligation. Les auteurs se sont assez rapidement interrogés sur la potentialité d'une

¹⁷¹² Cass. civ. 3e, 3 nov. 2011, pourvoi n° 10-20.936, Bull. 2011, III, n° 185

¹⁷¹³ Auque F., *ibidem*

¹⁷¹⁴ Supra n° 645 et s.

¹⁷¹⁵ Pour rappel, C. com. Art. L. 145-46-1

¹⁷¹⁶ Panckeel F., « Le nouveau droit de préemption du locataire commercial », AJDI 2014, p. 595

Dumortier B.-H., « Domaine du droit de préemption du locataire commercial », AJDI 2015, p. 759

¹⁷¹⁷ Dumont-Lefrand M.-P., « Bail commercial et pacte de préférence », AJDI 2009, p. 175

combinaison des textes, lorsque le bail commercial ne prévoit aucun pacte de préférence, ainsi que sur la possibilité que l'article 1123 du code civil puisse permettre de combler l'absence de sanction de l'article L. 145-46-1 du code de commerce : la sanction serait, ainsi, très clairement la nullité de la cession. De plus, « *le droit commun offrirait aux parties des garanties ignorées par le droit spécial* »¹⁷¹⁸. En effet, il serait alors possible d'octroyer au preneur « *un droit de substitution* » et aux tiers cette nouvelle action interrogatoire qui pourrait, à elle-seule, résoudre tous les problèmes juridiques, notamment de formalisme, concernant la potentielle renonciation du locataire à user de la préemption¹⁷¹⁹.

Pourtant, contrairement à forte possibilité de voir les articles relatifs à l'information précontractuelle et à l'information relative aux travaux se combiner, il nous apparaît peu probable d'assister au même phénomène pour ces deux droits de préférence distincts, les deux textes en question n'utilisant pas les mêmes termes et concepts et n'ayant pas le même objectif.

706. Le devoir d'information précontractuelle découle d'un droit plus général, lui aussi étendu par la réforme du droit des contrats.

B) L'obligation de bonne foi : représentation de la recherche de l'équilibre économique « solidarisé » du bail commercial

707. « *N'y a-t-il pas plus solidarisé que le droit des baux commerciaux* »¹⁷²⁰ ? En effet, selon Madame Auque, pour ce qui est des baux commerciaux, la bonne foi « *non seulement autorise le juge à suspendre la clause résolutoire au profit d'un locataire de bonne foi* », mais lui permet de rejeter « *la demande d'acquisition de cette clause faite de mauvaise foi* ». Celle-ci a, par conséquent, toujours jouer un rôle important.

L'application de celle-ci a déjà été observée dans notre étude comme un potentiel retour, caché, de l'équité¹⁷²¹ dans le droit des baux commerciaux, mais elle est très clairement fondamentale pour ce qui est du contenu¹⁷²² et de l'équilibre du contrat. Pour Monsieur Garbit, « *les tribunaux ont ainsi admis que ces notions de bonne foi, ou de mauvaise foi, pouvaient recevoir application*

¹⁷¹⁸ Auque F., *ibidem*

¹⁷¹⁹ Supra n° 658

¹⁷²⁰ Auque F., « Décret de 1953 : Une réforme est-elle souhaitable ? », RLDA n°66, 2003

¹⁷²¹ Supra n° 105

¹⁷²² Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771

Fages B., « Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat », Rev. Droit et Patrimoine, janvier 1999 p. 28

pour faire échec à la loi du contrat »¹⁷²³. C'est à ce titre qu'elle permet, pour ce qui est de l'exécution des baux commerciaux, de solliciter la non-application d'une clause résolutoire¹⁷²⁴.

708. Bonne foi : sécurité juridique et collaboration des parties. – L'obligation de bonne foi est la représentation même de la différence entre « équilibre par le contrat » et « équilibre économique ». Avec la loi Pinel, le législateur cherche surtout l'équilibre contractuel, et avec la bonne foi, dans la dernière réforme du droit des obligations notamment, c'est purement l'équilibre économique dont il est question. Cette notion que Monsieur Mestre, la constatant *« toujours plus intense et gagnant à présent le terrain de l'adaptation du contrat »*, considérait comme potentiellement fondement juridique *« d'une obligation de négocier la révision du contrat en cas d'imprévision »*¹⁷²⁵, est à la fois source de sécurité juridique¹⁷²⁶, et manifestation du besoin de collaboration des parties¹⁷²⁷.

En application de l'ancien article 1134 du code civil, selon lequel *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (et) doivent être exécutées de bonne foi »*, les juges lui ont donné de plus en plus d'importance, en jurisprudence, au fil des années. Le phénomène semble amener à se prolonger, s'agissant particulièrement des baux commerciaux, au vu de la dernière réforme du droit des contrats puisque, s'il fut une époque où limiter la liberté contractuelle était une façon de contrer la mauvaise foi du bailleur¹⁷²⁸, il semble que, désormais, ce soit la bonne foi qui doive être utilisée pour contrer ce type de pratiques abusives. En effet, la réforme redonne une certaine importance à cette notion, dans la mesure où celle-ci devient clairement une façon d'équilibrer les relations contractuelles.

Il s'agit, selon certains auteurs¹⁷²⁹, des effets de la survivance de la cause dans l'esprit du code civil. Or, la cause était le moyen de se questionner sur la réelle volonté des cocontractants. Et le législateur, par la réforme du droit des contrats, a choisi de faire de la bonne foi un moyen, également, d'analyser l'intention et la volonté de ceux-ci au moment, notamment, de conclure leur contrat.

¹⁷²³ Garbit P., « Baux commerciaux et bonne foi », RLDA n° 66, décembre 2003

¹⁷²⁴ Cass. civ. 3e, 1er févr. 2018, pourvoi n° 16-28.684, inédit

¹⁷²⁵ Mestre J., « Une bonne foi décidément très exigeante », RTD civ. 1992, 760

¹⁷²⁶ Mazeaud D., « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », Defrénois 1998, p. 1137

¹⁷²⁷ Mestre J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986, p. 100

¹⁷²⁸ Lardeux G., « Les limites de la liberté contractuelle comme rempart à la mauvaise foi des bailleurs », RDC n° 1, 2009, p. 156

¹⁷²⁹ Chaoui H., *ibidem*

709. Application de l'article 1104 aux baux commerciaux déjà constatée. – Le principe de bonne foi figure, dorénavant, à l'article 1104 du code civil, puisque la notion dispose dorénavant de son propre article. Celui-ci dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Ce nouvel article, qui pourrait « *trouver un terrain à irriguer* »¹⁷³⁰ dans les centres commerciaux, trouve déjà application en jurisprudence pour les baux commerciaux, puisque certains auteurs ont récemment relevé un arrêt de Cour de cassation¹⁷³¹ dans lequel un locataire, bien que subissant un trouble de jouissance, ne pouvait pas obtenir gain de cause auprès du juge, dans la mesure où il n'avait pas averti son bailleur de l'état des locaux nécessitant des travaux.

Nous comprenons, ainsi, en application du principe de bonne foi que le preneur a une obligation d'information à l'égard de son bailleur. « *Cette obligation découle de celle de coopération déduite de l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi, principe directeur du droit des contrats* »¹⁷³². Il s'agit de bien rappeler aux locataires cette obligation car ceux-ci s'exposent à devoir effectuer les travaux à leurs frais, même s'il s'agit de gros travaux « normalement » à la charge du bailleur. Madame Dreveau conseille, à ce titre, de prévoir dans la rédaction du bail commercial, que le locataire est tenu d'informer le propriétaire des locaux, mais que le bailleur peut également visiter les locaux périodiquement. Cette faculté pourrait, peut-être, réduire la faute du locataire en cas de mauvaise information.

710. Bonne foi et période précontractuelle. – Nous percevons que la bonne foi a, également, pour but de garantir « *l'aboutissement du projet contractuel* », elle est « *un prolongement, une projection, de l'alliance scellée avec force de loi* »¹⁷³³. Elle crée des devoirs, et non pas des obligations, afin de pérenniser la relation contractuelle dans la durée. Ces devoirs sont, entre autres, la coopération, la volonté d'adapter le contrat lorsque cela est nécessaire et bien sûr la prévisibilité. Le défaut de bonne foi est sanctionné par la responsabilité prévue au nouvel article 1112 du code civil.

En effet, la réforme du droit des contrats ne s'est pas contentée de créer un nouvel article reprenant le principe de bonne foi. Ce dernier principe donne lieu à un nouvel article, qui en est la conséquence directe, puisqu'il prévoit désormais l'extension de la bonne foi à la période

¹⁷³⁰ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux » RTD Com 2016, p. 427

¹⁷³¹ Dreveau C., « Le locataire doit alerter le bailleur sur l'état de l'immeuble », AJDI 2017, p.837

¹⁷³² Dreveau, ibidem

¹⁷³³ Jabbour R., « La bonne foi dans l'exécution du contrat », RTD Civ. 2017, p.941

précontractuelle. Ce nouvel article, il s'agit de l'article 1112 du code civil. Celui-ci, au moment de son entrée en vigueur, disposait que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ».

Nous le décelons, le code civil vise clairement la rupture des négociations. Celles-ci, d'une part, doivent être conduites de bonne foi et, d'autre part, peuvent être rompues librement, mais doivent l'être de bonne foi. Le législateur recherche ainsi, « *comme le faisait la jurisprudence, un équilibre entre liberté et bonne foi* »¹⁷³⁴. La rupture fautive devra, en conséquence, être sanctionnée par les juges sur le terrain de la faute extracontractuelle. Nous pensons, par exemple, à la rupture brutale.

Pour ce qui est des baux commerciaux, la Cour de cassation n'osait pas, clairement, se positionner sur la rupture brutale des négociations. Encore récemment¹⁷³⁵, pour défaut de compétence puisque l'action était partiellement fondée sur le déséquilibre significatif du code de commerce, elle choisissait de ne pas se prononcer sur la rupture des négociations relatives à la négociation d'un renouvellement au profit du locataire. Le nouvel article 1112 du code civil pourrait permettre aux juridictions de modifier leurs décisions, en basant leur raisonnement, et donc leurs décisions, sur un texte.

711. Une nouvelle sanction ne visant, semble-t-il, que les frais engagés. – Pour ce qui est de la sanction, prévue au deuxième alinéa de cet article, précédemment cité dans sa version ancienne, celle-ci a déjà subi une légère modification au moment de la ratification de l'ordonnance de 2016. Désormais, à compter du 1^{er} octobre 2018, le nouvel alinéa est rédigé de la façon suivante : « *En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* ».

¹⁷³⁴ Auque F., « Le temps et la réforme du droit des contrats - Incidences sur les baux commerciaux », *Loyers et copr.* n° 3, Mars 2017, dossier 5

¹⁷³⁵ Cass. com., 18 oct. 2016, pourvoi n° 14-27.212, publié au Bulletin

Cela « *ne modifie guère le droit positif* »¹⁷³⁶. La première version était une simple reprise de la jurisprudence dite Manoukian¹⁷³⁷ et la sanction n'incluait, par conséquent, que « *les frais avancés, tels que les frais de conseil, à l'exception des gains attendus du contrat* »¹⁷³⁸. Il était impossible, dès lors, de chercher à obtenir le gain espéré par l'exécution du contrat¹⁷³⁹. La seconde version « *évinçant du texte la perte de chance d'obtenir les avantages espérés du contrat* »¹⁷⁴⁰, semble faire penser qu'il ne sera plus possible d'obtenir autre chose que les frais engagés.

Toutefois, une partie pourrait obtenir remboursement des sommes dépensées pendant la négociation, par exemple à la demande de l'autre partie, s'il justifie d'un lien causal entre la dépense et la rupture fautive. Le bailleur pourrait donc réclamer le remboursement des travaux, réclamés par le preneur pour qu'il accepte de conclure le contrat, et qu'il n'aurait finalement pas accepté de signer, alors que le bailleur avait déjà réalisé les travaux.

Encore faudrait-il apprécier le caractère prévisible de la signature du locataire, qui justifierait que le bailleur ait anticipé la réalisation des travaux. On pourrait y voir une sorte de rapprochement avec ce qui se fait déjà en matière de droit de la concurrence¹⁷⁴¹. Ainsi, se poserait la question de savoir si le fait de faire des travaux donne ou non un caractère solide à la relation : autrement dit, si cela permet de lier les deux parties, si le bailleur est légitimement en droit d'attendre une signature définitive du négociant et, surtout si cela conduit à une rupture fautive des négociations, ne respectant pas le principe de la bonne foi.

712. Il est encore trop tôt pour imaginer ce que la jurisprudence, résultant de la réforme du droit des obligations, l'insertion de la bonne foi dans la phase précontractuelle, et son application aux baux commerciaux, sera faite. Si selon Madame Auke, il s'agirait, tout de même, de ne pas trop lui voir des effets révolutionnaires, dans l'hypothèse où les effets de l'article 1171 du code civil, par exemple, se trouveraient trop limités, il se pourrait « *que l'article 1104 constitue autre chose qu'une préface* »¹⁷⁴².

¹⁷³⁶ Houtcieff D., « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », GP n° 321q7, 17 avril 2018, p. 14

cf Dumont-Lefrand M.-P., « Bail commercial et rupture fautive des pourparlers », AJDI 2009, p. 298, qui relevait qu'en vertu de la jurisprudence, « certains frais sont inhérents à toute négociation et ne peuvent être pris en compte ».

¹⁷³⁷ Cass., com., 26 novembre 2003, pourvois n° 00-10.243 et n° 00-10.949, Bull. 2003 IV N° 186 p. 206

¹⁷³⁸ Chaoui H., ibidem

¹⁷³⁹ Monéger J. « ratification par le sénat de l'ordonnance contrats : amélioration ou détérioration ? », Loyers et copr. n°11, Novembre 2017, repère 10

¹⁷⁴⁰ Monéger J., ibidem

¹⁷⁴¹ Cass. com., 22 nov 2016, pourvoi n°15-15796, inédit, pour une relation stable

¹⁷⁴² Auke F. « Réforme du droit des contrats et baux commerciaux : premier bilan », AJDI 2017, p.410

D'autres voient en l'insertion du principe de bonne foi, dans la phase précontractuelle, « *la porte ouverte aux procès d'intention* »¹⁷⁴³. L'avenir le dira probablement. Mais « *la nouvelle obligation posée par les articles 1104 et 1112 du Code civil, d'une négociation, d'une formation et d'une exécution de bonne foi du contrat, ne manquera pas de freiner certains comportements excessifs* »¹⁷⁴⁴.

Ce qui pourrait bien plus révolutionner la pratique des baux commerciaux, et amener plus de souplesse, c'est l'unilatéralisme grandissant dans le rapport contractuel pouvant provoquer l'éloignement de toute forme de solidarisme et de collaboration ...

SECTION 2 - L'UNILATERALISME GRANDISSANT DANS LE RAPPORT CONTRACTUEL ET L'EXECUTION DU BAIL COMMERCIAL

713. Unilatéralisme grandissant, symptôme de la dimension humaine du bail commercial. – Nous sortons, progressivement, de l'étude tendant à promouvoir la « dimension humaine » du bail commercial, afin de rechercher définitivement la souplesse nécessaire au maintien de l'équilibre permanent du bail commercial.

Nul n'ignore les difficultés¹⁷⁴⁵ liées, parfois, à l'exécution du contrat de bail commercial. La dimension humaine de ce contrat cesse de correspondre à la collaboration lorsque, celle-ci, épuisée par les nombreuses oppositions et querelles au sujet des charges, du loyer ou des travaux, mène les parties sur le terrain conflictuel. Et il n'est pas rare, lorsqu'une relation ne convainc et ne satisfait plus, ne serait-ce qu'une partie sur deux, que celle-ci cesse d'exécuter ses obligations en guise de protestation ou comme moyen de pression.

Dès lors, s'agissant du bail commercial, nous devinons, aisément, quelles obligations sont dans ce contexte susceptibles d'être concernées. Il s'agit du paiement du loyer, de la réalisation de travaux, de l'envoi de documents justificatifs, de la régularisation des charges, etc. ... Nous sommes, alors, en présence d'une inexécution qui, parfois, n'est qu'une façon d'alerter son cocontractant sur la mauvaise « passe » que traverse leur relation.

¹⁷⁴³ Vogel J., *ibidem*

¹⁷⁴⁴ Monéger J., « Le temps, l'imprévisible et le bail commercial », *Loyers et copr.* n° 3, Mars 2017, dossier 6

¹⁷⁴⁵ Casson P., « Le contentieux des baux commerciaux : une compétence enfin unifiée ? », *LPA* n°149, déc. 1998 p. 7

En effet, comme le démontre Monsieur Rouvière, « *il y a inexécution lorsque le contenu du contrat n'est pas rempli* », lorsque « *le contenu du contrat, expression du projet contractuel, devient, en cas d'inexécution, la mesure de la condamnation du débiteur, parce qu'il est, selon une formule joliment imagée, la mesure de la déception du créancier* »¹⁷⁴⁶. C'est donc en cela que cette étude conserve toute sa pertinence dans l'approche humaine du bail commercial. Et celle-ci présente un intérêt tout particulier puisque la réforme du droit des contrats a opéré un changement important en encadrant, désormais, plus explicitement les situations d'inexécution et en prévoyant, par ailleurs, des « remèdes »¹⁷⁴⁷ permettant aux parties, du moins à une d'entre elles, de se sortir d'une telle impasse. Pour se faire, le législateur met fin au monopole de l'exécution forcée en nature¹⁷⁴⁸ et libéralise les moyens, non reconnus législativement jusqu'à présent, par lesquels tout cocontractant insatisfait pourrait redonner vie à son contrat ou mettre un terme à celui-ci.

714. Bail commercial, source d'inexécutions. – Dans la présente section, nous nous intéresserons à ces nouvelles actions par lesquelles le législateur offre au créancier le moyen de remédier à la faute de son partenaire contractuel. Celles-ci, regroupées à l'article 1217 du code civil, auront particulièrement d'importance pour les contrats touchant au droit de la construction ou de l'immobilier, ce qui est bien le cas des baux commerciaux, de près ou de loin.

Nous avons jusqu'à présent souligner le nouveau rôle du juge qui, grâce à la réforme du droit des contrats, influera désormais sur le contenu du contrat des parties. La judiciarisation des contrats a, à ce titre, était évoquée¹⁷⁴⁹. Pourtant, un tout autre phénomène va, dès à présent, être mis en lumière puisque, en cas d'inexécution, il est désormais possible de faire le choix de l'unilatéralisme. La matière propre aux baux commerciaux sera un formidable terrain d'expérimentation, tant on sait le nombre de décisions rendues sur l'inexécution des obligations des parties à un bail commercial, et tant on connaît, par exemple, le besoin fréquent de rénover certains locaux en cours de relation.

715. Perdurance du bail. – C'est l'équilibre économique du bail commercial qui est en jeu puisqu'il pourrait s'agir de ne pas songer, en premier lieu, à la rupture de la relation, mais d'abord à sa perdurance et son adaptation. En effet, comme le souligne Monsieur Brault, avant

¹⁷⁴⁶ Rouvière F., « Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution », RTD civ. 2005., 689

¹⁷⁴⁷ Mekki M., « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat RDC n°02, juin 2016, p. 400

¹⁷⁴⁸ Durand-Pasquier G., « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », RDI 2016., 355

¹⁷⁴⁹ Supra n° 174

la réforme de 2016, la situation d'inexécution n'était envisagée que sous le prisme de la force obligatoire du contrat et, en conséquence, ne permettait d'aboutir la plupart du temps qu'à la rupture du contrat ou à l'obtention de dommages et intérêts. Selon l'auteur « *on devine dans les objectifs poursuivis par cette réforme, le souhait de ne pas voir anéantir un contrat à la légère, l'exigence d'une coopération minimale, et le retrait du juge, du moins dans un premier temps* »¹⁷⁵⁰.

716. Nous étudierons les effets des modifications opérées, par le législateur, sur les baux commerciaux, au regard notamment de la carte des actions offertes au créancier (*Paragraphe 1*), et des incidences sur l'exécution du bail commercial des nouvelles actions interrogatoires (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1- Les nouvelles actions unilatérales offertes au créancier dans l'exécution de son contrat

717. Nous parlerons, à la fois, d'exécution et d'inexécution, puisque le législateur met, à la disposition du créancier, une exception d'inexécution (A) et une exécution forcée (B).

A) L'exception d'inexécution en cas de suspension du bail commercial

718. Le législateur intègre un nouveau mécanisme au code cil (1), ce qui aura peut-être des effets dans la pratique des baux commerciaux (2).

1- Solutions pratiques offertes par l'intégration de l'exception d'inexécution au code civil

719. Une ancienne exception d'inexécution laissée à la libre appréciation du juge. – Jusqu'à présent¹⁷⁵¹, l'exception d'inexécution n'était pas présente dans le code civil. Sa mise en pratique avait, néanmoins, été admise en jurisprudence. Cependant, pour ce qui est du bail commercial, un locataire n'avait pas la possibilité de s'en prévaloir lorsque les réparations, que son bailleur aurait dû effectuer dans le local, ne le mettaient pas dans l'impossibilité totale d'exploiter son local¹⁷⁵². La charge de la preuve de l'impraticable continuation de l'activité commerciale exploitée dans l'immeuble loué appartenait au preneur¹⁷⁵³. En revanche, le locataire était en droit d'arrêter de payer le loyer au bailleur, lorsque celui-ci avait, clairement,

¹⁷⁵⁰ Brault C.-E., « Les remèdes à l'inexécution du bail commercial », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 13

¹⁷⁵¹ Auque F., « Le temps et la réforme du droit des contrats - Incidences sur les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 5

Brault C.-E., *ibidem*

¹⁷⁵² CA Orléans, ch. civ., 27 mars 2000, n° 99/00555,

CA Toulouse, 2e ch., sect. 1, 7 juin 2000, n° 1999/04635

¹⁷⁵³ CA Paris, 16e ch., sect. B, 22 juin 2001, n° 2000/03683

manqué à son obligation de jouissance paisible. Tel était le cas quand le locataire apportait la preuve de dégâts des eaux, ou d'une nécessité de désamiantage¹⁷⁵⁴, rendant le local impraticable¹⁷⁵⁵.

L'exception d'inexécution était donc un levier de pression permettant au locataire d'aller contre la force obligatoire du contrat. Cette « négation du contrat » n'était permise qu'avec la réunion de conditions strictement encadrées par la jurisprudence qui s'évertuait d'assurer un équilibre minimum, entre les conséquences du manquement contractuel initial, et les conséquences de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution¹⁷⁵⁶.

Ainsi, Monsieur Storck¹⁷⁵⁷ relevait « *une certaine hiérarchie se dégageant entre les obligations nées d'un rapport contractuel, visant à mesurer l'importance respective des obligations inexécutées par l'une des parties et des obligations suspendues à titre de riposte par le cocontractant* ». Ainsi, « *le paiement des loyers constituant l'obligation essentielle à la charge du locataire, celui-ci ne (pouvait) en suspendre l'exécution qu'en justifiant d'un manquement de même gravité de son bailleur aux engagements contractuels* ».

Il mettait, également, en relief qu'une telle justification avait été admise en jurisprudence, en faveur du locataire, en cas de « *non-achèvement par le bailleur des travaux mis à sa charge par le contrat de bail* » ou, en faveur du bailleur, lorsque « *le locataire (suspendait) le paiement des loyers au seul motif que le bailleur manque à son obligation d'aménager ou d'entretenir les locaux* ».

En effet, Monsieur Storck rappelait, rigoureusement, que « *le paiement des loyers, étant une obligation essentielle pour un locataire, ce ne peut être qu'un manquement à une obligation du bailleur qualifiée d'essentielle, par les juges du fond, qui peut entraîner l'application de l'exception d'inexécution* ». On en revient, par conséquent, à la caractérisation de l'obligation essentielle¹⁷⁵⁸ : celle-ci a décidément toujours eu beaucoup d'importance pour les baux commerciaux.

¹⁷⁵⁴ CA Paris, 16e ch., sect. A, 27 nov. 2002, n° 1999/16978

Cass. civ. 3e, 12 juin 2001, pourvoi n° 99-21.127, inédit

¹⁷⁵⁵ CA Paris, 16e ch., sect. A, 1er févr. 2002, n° 2000/15489

¹⁷⁵⁶ Cass. civ. 3e, 2 dec 2014, pourvoi n°13-22.609, inédit ; CA Paris 16e ch A 27 novembre 2002 ; Cass. civ. 3e, 12 janvier 2001 pourvoi n°99-21.127, non publié au Bulletin

¹⁷⁵⁷ Storck M., « L'application de l'exception d'inexécution en matière de bail », D. 1994 p.462

¹⁷⁵⁸ 593 et s.

En application de ce principe, la justification de l'exception d'inexécution n'était pas admise, par le juge « *lorsqu'un bailleur n'exécutait pas des travaux d'aménagement ou de réparation dans les locaux loués, sans pour autant rendre impossible la jouissance des lieux* ». Dès lors, « *le locataire, en mesure de rester dans ces locaux, ne (pouvait) suspendre le paiement de la totalité des loyers* ».

Nous comprenons, ainsi, que le régime de l'exception d'inexécution était exclusivement jurisprudentiel et laissé à la libre appréciation du juge.

720. Création de deux articles complémentaires. – Désormais, l'ordonnance de 2016 consacre cette exception d'inexécution, par la création de deux articles, complémentaires, à savoir les articles 1219 et 1220 du code civil.

Selon le nouvel article 1219 du code civil, « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ». Tandis qu'en vertu du nouvel article 1220, « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

De ce fait, pour ce qui est de l'article 1219, nous retrouvons l'exception d'inexécution telle que l'on la connaissait en jurisprudence. Néanmoins, l'interprétation du standard juridique du « *suffisamment grave* » nécessitera probablement quelques précisions ultérieures. Aucun élément n'est actuellement donné quant à son appréciation. Il n'est, de plus, pas certain que la force majeure puisse être jugée susceptible de justifier l'inexécution du contrat. Nous n'excluons cependant pas que l'article puisse s'appliquer, également, à cette situation.

L'article 1220, quant à lui, représente la principale nouveauté puisqu'il introduit une exception d'inexécution par « *anticipation* »¹⁷⁵⁹. Le créancier peut ainsi choisir de « *suspendre l'exécution de son obligation de manière préventive* »¹⁷⁶⁰ mais cette possibilité est conditionnée par une notification préalable, dans « *les meilleurs délais* ». Pour Monsieur Lécuyer¹⁷⁶¹, « *le principe de la force obligatoire du contrat est écorné* », et l'hypothèse de l'exception d'inexécution par anticipation crée une insécurité juridique : si une partie arrête d'exécuter son obligation, parce

¹⁷⁵⁹ Brault C.-E., *ibidem*

¹⁷⁶⁰ Auque F., *ibidem*

¹⁷⁶¹ Lécuyer H., « L'inexécution du contrat », *Contrats con. Consom.* n° 5, Mai 2016, dossier 7

qu'elle prédit une inexécution future de son cocontractant, celui-ci, à échéance, pourrait tout à fait invoquer, lui aussi, l'inexécution de l'autre pour à son tour arrêter d'exécuter sa propre obligation. Selon l'auteur, « *la disposition conduit inexorablement à la paralysie* » du contrat...

2- Les situations propres à l'exécution du bail commercial susceptibles d'être concernées

721. L'inadaptation, présumée, de l'article 1219 au bail commercial. – Le juge sera seul décideur de ce qui est « grave » et de ce qui ne l'est pas. Ce devrait être la même chose pour ce qui est des baux commerciaux. La jurisprudence, déjà bien fournie, nous enseigne ce qui constitue un « manquement suffisamment grave » justifiant d'arrêter d'exécuter une prestation : il suffit de montrer l'impossibilité d'user du local, selon sa destination prévue au sein du contrat, notamment « *lorsque l'occupation sera devenue dangereuse ou insalubre* »¹⁷⁶². Par suite, dans le cas où le locataire userait réellement de cette nouvelle action, les discussions porteront, devant le juge, sur l'obligation de délivrance du bailleur.

Pour Madame Auque, constatant cette condition de l'« *inexécution suffisamment grave* », les titulaires d'un bail commercial n'oseront, probablement, pas user du dispositif. Au demeurant, celui-ci ne devrait pas être admis la plupart du temps. En effet, le locataire qui cesserait de s'exécuter « *risque de voir le bail résilié à ses torts exclusifs, donc de perdre son fonds* », tandis que le bailleur risquerait « *de devoir une indemnité équivalant à la valeur du fonds* »¹⁷⁶³. Pour ce qui est justement de l'admission de cette action, il a par exemple encore très récemment été rappelé que « *le fait que le preneur n'ait pas été à jour de ses loyers ne permet pas au bailleur d'invoquer utilement l'exception d'inexécution (...) dès lors que l'état d'insalubrité est à l'origine des difficultés financières du locataire* »¹⁷⁶⁴.

722. L'influence probablement plus importante de l'article 1220 sur les baux. – Ce qui suscite, finalement, le plus de questions est à n'en pas douter l'application de la seconde hypothèse prévue par l'article 1220 du code civil au bail commercial. Pour certains auteurs, seront concernées les situations où le propriétaire des lieux aurait, formellement, accepté de réaliser des travaux et où la non-réalisation de ceux-ci entraînera des conséquences graves supportées par le locataire. Ce dernier pourra, en conséquence, notifier au bailleur la suspension des paiements de loyer et de charges justifiée par la non-conformité du local, si le bailleur ne procède pas incessamment sous peu aux dits travaux.

¹⁷⁶² Brault C.-E., *ibidem*

¹⁷⁶³ Auque F., *ibidem*

¹⁷⁶⁴ CA Aix en Provence 11e ch A 10 janvier 2017 15/17548

Il nous apparaît fort probable que nous assistions, dans les années à venir, à la multiplication des contentieux relatifs aux travaux, dans le cadre d'un bail commercial, alors que le législateur cherchait, pourtant, à dé-judiciariser le contrat pour ce qui est de l'inexécution de celui-ci.

723. Clauses écartant l'article 1220 du code civil. – Il pourrait être judicieux pour le bailleur et le preneur d'écarter, systématiquement, les effets de cet article, pour éviter tout litige, dans la mesure où celui-ci est supplétif. Néanmoins, la majorité des auteurs rappelle qu'écarter une disposition de droit commun présente, désormais, une grande difficulté dans la mesure où une telle initiative est potentiellement créatrice d'un déséquilibre significatif¹⁷⁶⁵ ... La pratique sera probablement, en conséquence, dépourvue d'effets positifs.

724. Clauses aménageant l'application des articles 1219 et 1220 du code civil. – Nous pourrions, également, assister à l'augmentation des clauses insérées aux baux commerciaux par lesquelles les parties prévoient et expliqueront quelles obligations sont essentielles et justifieraient, ainsi, éventuellement l'exception d'inexécution. Une telle clause pourrait, ainsi, être insérée :

*« (Cette) obligation du bailleur est déterminante et toute inexécution sera suffisamment grave pour autoriser le preneur à soulever l'exception d'inexécution »*¹⁷⁶⁶.

Celle-ci, qui pourrait ainsi encadrer l'intervention éventuelle du juge, nous semble pouvoir être rédigée sans être appréciée comme étant source de déséquilibre du bail commercial.

Au contraire, ces clauses pourraient, également, préciser quelles obligations ne sauraient entraîner la mise en pratique des articles 1219 et 1220. La clause suivante pourrait figurer dans les futurs baux commerciaux :

*« L'inexécution éventuelle de son fait de telle (de cette obligation) ne sera jamais suffisamment grave pour justifier la mise en œuvre des articles 1219 et 1220 du Code Civil »*¹⁷⁶⁷.

Toutefois, selon nous, de telles clauses, négociées, ou tentant de paraître négociées, nous paraissent susceptibles d'être regardées, par le juge, comme privant de substance l'obligation essentielle du bail commercial, en vertu de l'article 1170 du code civil...

¹⁷⁶⁵ En ce sens, Auque F., « Réforme du droit des contrats et baux commerciaux : premier bilan », AJDI 2017, p.410

¹⁷⁶⁶ Champion-Thiry C., Salam D., « Encore du changement... », Quoi de neuf en immobilier, janvier 2017

¹⁷⁶⁷ Ibidem

725. La réforme est également revenue sur l'historique exécution forcée en nature.

B) L'exécution forcée en nature du bail commercial

726. L'exécution forcée en nature était déjà pratiquée en droit des baux commerciaux, en matière de remboursement des travaux (1). La réforme du droit des contrats modifie quelque peu cette action, en modifiant ses critères d'application (2).

1- L'ancien critère de l'urgence pour obtenir le remboursement des travaux par le bailleur

727. Une action déjà pratiquée en droit des baux commerciaux. – En application de l'ancien article 1144 du code civil, le créancier pouvait « *en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* ». Dès lors, celui-ci pouvait « *être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ». Cette disposition trouvait, déjà, application avec les baux commerciaux, lorsque le locataire, la plupart du temps, avait à se plaindre de l'absence de réalisation de travaux par son bailleur. S'il souhaitait se prévaloir de l'article 1144 du code civil, le locataire devait demander au juge, préalablement, la permission de procéder, lui-même, aux travaux pour obtenir, une fois ceux-ci réalisés, le remboursement par le bailleur, l'accord du juge ayant force exécutoire.

728. Mise en demeure préalable, et critère de l'urgence. – Pour obtenir l'autorisation du juge, deux conditions devaient être remplies, à savoir celle de la mise en demeure préalable du bailleur par le locataire¹⁷⁶⁸ et celle de l'urgence de réaliser les travaux en question. Ainsi, sans urgence¹⁷⁶⁹, le juge refusait systématiquement l'exécution forcée et, lorsque celle-ci était constatée, le locataire était tenu de trouver la solution la plus économique¹⁷⁷⁰ pour la mise en œuvre des travaux.

729. Une action pas uniquement réservée au locataire. – L'exécution forcée en nature pouvait également être utilisée par le bailleur¹⁷⁷¹. En effet, encore récemment, au visa de l'ancien article 1144 du code civil, il a été jugé que « *le bailleur, qui, en application de l'article 1144 du Code civil, (avait) effectué l'avance des frais de remise en état du logement, (pouvait)*

¹⁷⁶⁸ CA Nancy, 1^{re} ch. civ., 8 déc. 2015, n° 14/02344, Lili-Anne M. épouse M. c/ SARL Hostellerie

¹⁷⁶⁹ Cass. civ. 3^e, 23 mai 2013, pourvoi n° 11-29.011, SA Autodistribution c/ SCI DK Tanche, Bull. 2013, III, n° 59

¹⁷⁷⁰ Ibidem

¹⁷⁷¹ Grosser P., « Contrats et obligations - Droit des contrats - Chronique sous la direction de Jacques Ghestin », JCP E n° 12, 19 Mars 2018, doctr. 331

demander la condamnation du preneur à exécuter les travaux ainsi financés », sauf dans le cas de figure où le locataire pouvait prouver un « *empêchement légitime* »¹⁷⁷².

730. La réforme de 2016 opère un changement relativement important puisque le nouvel article relatif à l'exécution forcée en nature, dispense le créancier d'une demande en justice préalable. Dorénavant, une simple mise en demeure du débiteur suffit.

2- Le nouveau critère de la bonne foi du créancier, et du caractère « raisonnable » des travaux

731. Les nouveaux articles 1221 et 1222 du code civil. – L'exécution forcée en nature figure, dorénavant, au nouvel article 1221 du code civil qui dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». L'article 1222 complète celui-ci en précisant que, « *après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation* ».

732. Aucune autorisation judiciaire préalable. – Si l'on retrouve l'idée que le créancier doit effectuer les travaux au moindre coût, on perd toute référence à l'autorisation judiciaire préalable. La philosophie de l'article 1221 n'est pas la même que celle de l'ancien article 1144. On y trouve, en quelque sorte, l'idée que le créancier peut rendre justice à son contrat par lui-même. Le contrôle « a priori » disparaît. Mais cette réforme n'aura-t-elle pas pour effet de créer un contrôle systématique a posteriori de l'exécution forcée en nature ? Pour certains auteurs, en effet, « *une telle solution ne peut qu'encourager le contentieux* »¹⁷⁷³ d'autant qu'en matière de baux commerciaux, comme le rappelle Madame Durand-Pasquier, « *sa portée s'avérera d'autant plus large pour les baux commerciaux que la récente loi Pinel du 18 juin 2014 vient, précisément, pour la première fois, de sérier la liste des travaux incombant obligatoirement aux bailleurs* »¹⁷⁷⁴.

733. Bonne foi et coût raisonnable des travaux. – La condition de l'autorisation judiciaire préalable disparaît, mais pour utiliser la nouvelle exécution forcée le créancier devra, outre la

¹⁷⁷² Cass. civ. 3e, 21 déc. 2017, pourvoi n° 15-24.430, publié au Bulletin

¹⁷⁷³ Houtcieff D. « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », GP n° 15, 2018, p. 14

¹⁷⁷⁴ Durand-Pasquier G. « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », RDI 2016. 355

mise en demeure préalable, justifier de sa bonne foi, ainsi que du coût raisonnable des travaux. C'est cette dernière condition, imposant au juge « *de comparer le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier* »¹⁷⁷⁵ qui nous semble être l'innovation du texte et qui, selon nous, devrait poser des problèmes d'application s'agissant des baux commerciaux.

En dehors des travaux, Monsieur Planckeel, en étudiant récemment le départ du preneur sans respect d'un quelconque formalisme¹⁷⁷⁶, rappelait qu'auparavant le bailleur était fondé à solliciter l'exécution forcée de l'obligation d'exploitation de son locataire. Ainsi, malgré la somme particulièrement importante dépensée par le bailleur, une cour d'appel avait dernièrement condamné une entreprise à « *réintégrer un centre commercial qu'elle avait quitté en raison d'un démarrage qu'elle jugeait insuffisant* »¹⁷⁷⁷. En application du nouvel article 1221 du code civil, il apparaît désormais difficile de prouver une proportion entre le préjudice subi par le bailleur et ses frais engagés, pour forcer son preneur à revenir exploiter un commerce fortement déficitaire. La seule chance que cette solution perdure serait, au contraire, que l'entreprise soit « *une enseigne locomotive* » pour le centre commercial.

734. Prévoir contractuellement l'exécution forcée en nature. – Pour en revenir au cas des travaux effectués, par le preneur lui-même et contre la volonté de son bailleur, dont le coût serait déraisonnable, nous nous interrogeons sur la possibilité de contractualiser afin d'éviter le refus de l'exécution forcée. Une clause insérée au bail commercial prévoirait, par exemple, qu'une obligation, déterminée, « *pourrait justifier la mise en œuvre des articles 1221 et 1222 du code civil, dans un délai fixé d'un commun accord* »¹⁷⁷⁸. Une telle pratique qui serait, indéniablement, avantageuse pour le preneur, n'apparaît pas acceptable pour Monsieur Mazeaud qui « *voit mal qu'un créancier puisse conventionnellement se ménager l'exercice abusif d'un droit dont il est titulaire* »¹⁷⁷⁹. Cela irait, d'ailleurs, contre l'obligation de bonne foi à laquelle sont tenus les cocontractants.

735. Ecarter, ou restreindre, la possibilité de l'exécution forcée en nature. – Nous pourrions, à l'inverse, imaginer qu'un bailleur souhaite prévoir, dans le contrat, que la réalisation unilatérale des travaux par le locataire ne sera autorisée, par exemple, qu'en cas d'urgence, ou de force majeure.

¹⁷⁷⁵ Brault C.-E., *ibidem*

¹⁷⁷⁶ Planckeel F., « Sur le départ du locataire sans formalisme », *Loyers et copr.* n° 2, Février 2018, dossier 6

¹⁷⁷⁷ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 8 nov. 2012, n° 12/18456, inédit.

¹⁷⁷⁸ Champion-Thiry C., Salam D., *ibidem*

¹⁷⁷⁹ Mazeaud D., « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016. 2477

Les parties pourraient encore exclure l'exécution forcée pour une obligation définie, « *encore faudrait-il que cela ne revienne pas à vider de sa substance l'obligation essentielle* » à la charge du bailleur¹⁷⁸⁰, ou définir ce qui constitue un « prix raisonnable » dans l'esprit des parties, au risque que cette définition déséquilibre le contrat et constitue une clause abusive ... Cependant, en l'absence de jurisprudence, il n'est à l'heure actuelle pas possible d'écarter la validité de telles clauses.

736. La réforme du droit des contrats permet, désormais, autre chose que l'exécution ou l'inexécution exceptionnelle. Elle permet à toute partie d'interroger son cocontractant sur ses intentions futures.

Paragraphe 2- L'utilisation de nouvelles actions interrogatoires en matière de bail commercial

737. L'ordonnance de 2016 crée un nouveau type d'action : il s'agit des actions interrogatoires (A). Celles-ci présentent un intérêt tout particulier pour les baux commerciaux puisque, comme nous l'avons vu précédemment¹⁷⁸¹, les actions du statut sont désormais majoritairement imprescriptibles (B).

A) La nouvelle possibilité de demander, à l'autre partie, des informations nécessaires à la conclusion ou l'exécution de l'acte

738. Deux actions d'application immédiate. – L'application dans le temps de l'ordonnance de 2016, réformant le droit des contrats, a déjà été précisé dans le corps introductif de cette thèse¹⁷⁸². Néanmoins, il est intéressant de rappeler que la réforme, initialement, devait s'appliquait à tous les contrats conclus, ou renouvelés, à compter du 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de la loi, et les modifications intervenues lors de sa ratification, à compter du 1^{er} octobre 2018. Il existe, cependant, trois articles créés par ladite réforme, qui échappent à ce principe d'application dans le temps. En effet, les articles 1123, 1158 et 1183 du code civil sont d'application immédiate, à tous les contrats. Nous ne revenons pas sur l'article 1123, déjà étudié¹⁷⁸³, qui concerne l'action interrogatoire applicable au pacte de préférence. En revanche, il s'agit d'étudier les deux autres articles qui créent deux autres actions interrogatoires.

¹⁷⁸⁰ Champion-Thiry C., Salam D., *ibidem*

¹⁷⁸¹ Supra n° 43 et s.

¹⁷⁸² Supra n° 9 et s.

¹⁷⁸³ Supra n° 703

739. Une action interrogatoire au moment de conclure l'acte. – L'article 1158, modifié par l'ordonnance n°2016-131, dispose désormais que « *le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte* ». Notons, dès à présent, qu'il est question d'un « *délai raisonnable* » qui, selon nous, est potentiellement source de difficultés d'interprétation. Devait d'ailleurs être modifié, et remplacé, au moment de la ratification de la réforme, le mot « *raisonnable* » par un délai plus défini et court¹⁷⁸⁴. Il n'en a finalement rien été, les parlementaires ne préférant pas simplifier ces dispositions.

740. Une action interrogatoire en cas de nullité potentielle. – Quant à l'article 1183 du code civil, lui aussi modifié par la présente ordonnance, celui-ci prévoit qu'une « *partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé* ».

741. Intégration d'un mécanisme européen. – L'ordonnance intègre, ainsi, au droit commun un mécanisme européen qui autorise une partie d'interroger l'autre cocontractant, ou un tiers, dans le but de sortir de l'inconnu, et de la situation de doute, dans laquelle celle-ci se place. Ainsi, l'article 1158 permet à une partie de connaître l'étendue du pouvoir d'une entreprise avec laquelle elle va bientôt conclure un acte juridique, tandis que l'article 1183 permet de demander à son cocontractant si celui-ci va se prévaloir d'une nullité, et mettre un terme à son contrat. Ces deux nouvelles actions interrogatoires peuvent avoir un réel intérêt pour les baux commerciaux.

B) Intérêt des deux nouvelles actions interrogatoires eu égard à l'imprescriptibilité des actions en matière de bail commercial issue de la loi Pinel de 2014

742. Imprescriptibilité des actions relatives aux règles fondamentales. – Ces actions peuvent s'avérer particulièrement utiles pour les baux commerciaux. La loi Pinel de 2014 a mis fin à toute prescription des actions relatives à l'application des règles fondamentales du statut.

¹⁷⁸⁴ Monéger J., « Ratification par le sénat de l'ordonnance contrats : amélioration ou détérioration ? », *Loyers et copr.* n°11, Novembre 2017, repère 10

Rappelons que l'article L. 145-15 du code de commerce prévoit, désormais, que « *sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54* ». Nous savons que le locataire et le bailleur concluent un bail commercial, pour une durée au minimum égale à 9 ans. Dès lors, on peut considérer que ces deux nouveaux articles pourront être utilisés par les deux parties afin de lever tout doute ou tout « quiproquo ». L'application de toute nouvelle mesure, susceptible d'apporter plus de communication et de sécurité juridique, peut-être jugée pertinente et utile dans le maintien de l'équilibre permanent du bail commercial.

743. Connaître la capacité du cocontractant de conclure le bail commercial. – La première application, possible, de l'action interrogatoire au bail commercial, concerne le pouvoir de conclure un bail commercial. Bailleur et preneur doivent avoir la capacité nécessaire à conclure un bail commercial, c'est-à-dire ne peut pas être en situation d'incapacité¹⁷⁸⁵. L'article 1158 nouveau permettra, ainsi, d'interroger le futur signataire du bail commercial sur sa capacité, mais également sur ses pouvoirs et son mandat de représentation, si celui signe au nom et pour le compte de son entreprise, par exemple. Monsieur Monéger a, d'ailleurs, pu rappeler que « *la nature même du contrat de bail commercial, créateur de la propriété commerciale qui vient amputer le droit de propriété immobilière et convention s'inscrivant dans la longue durée, exclut la légitimité de la croyance dans les pouvoirs supposés du représentant* »¹⁷⁸⁶.

Dans ce contexte, et puisque le législateur prend soin de créer une telle action, nul doute que les parties, et spécialement leurs conseils juridiques chargés de rédiger, négocier, et conclure leur bail commercial, auront tout intérêt à systématiquement vérifier la capacité de la partie en face pour réduire leur responsabilité propre. La création de l'action de l'article 1158 pourrait, ainsi, pousser les professionnels du droit à généraliser cette pratique, ce qui réduirait les contentieux éventuels sur la question de la capacité. La sécurité s'en trouverait, selon nous, renforcée.

744. Connaître la volonté de son cocontractant, dans une situation de possible nullité. – L'action prévue par l'article 1183 pourrait, également, être intéressante pour les baux commerciaux. Celle-ci, nous l'avons dit, concerne la potentielle nullité du contrat et donc du

¹⁷⁸⁵ Blatter J.-P., « Traité des baux commerciaux », 6^e éd., Référence juridique, Ed. Le Moniteur

¹⁷⁸⁶ Monéger « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux » RTD Com 2016, p. 427

bail commercial. Le contexte est le suivant : le locataire, ou le bailleur, a connaissance d'une irrégularité susceptible de mettre un terme au contrat. Ce dernier ne sait pas si son partenaire en a, lui aussi, connaissance et s'il souhaiterait, dans un tel cas, effectivement mettre un terme au bail commercial. Dans une telle situation, mieux vaut être, rapidement, fixé sur le sort du contrat. L'action interrogatoire, outre le fait de permettre de questionner son cocontractant, a pour effet, en application de l'article 1183, au bout de six mois sans réponse de l'interrogé, d'offrir le maintien certain du contrat. L'intérêt est certain pour les baux commerciaux : plutôt que d'investir d'importants moyens, aussi bien économiques qu'humains, dans un contrat potentiellement amené à être rompu d'un moment à un autre, cela permet de mettre un terme rapidement à toute incertitude. Nous pensons, ainsi, aussi bien au locataire, eu égard au développement de son fonds de commerce, qu'au bailleur, eu égard aux travaux qu'il serait amené à effectuer, selon son obligation de délivrance, pour que le commerce de son preneur puisse être exploité.

745. Action intéressante eu égard aux modifications issues de la loi Pinel. – Madame Chaoui¹⁷⁸⁷ rappelle que le statut a été assez profondément réformé en 2014, au moment de la loi Pinel, en ce qui concerne, notamment, le contenu des baux commerciaux. Or, nous le savons, le renouvellement d'un bail commercial intervient très souvent, sans que bailleur ni preneur n'aient réellement conscience, d'une part, qu'un nouveau contrat est conclu et, d'autre part, qu'il leur appartient d'opérer certaines modifications pour se mettre en conformité avec la réglementation désormais applicable.

Cette problématique émane d'un des effets automatiques du renouvellement du bail commercial : le nouveau bail est « renouvelé » en reprenant toutes les clauses de l'ancien bail, hormis le cas du loyer bien sûr, si aucune des deux parties ne prend la peine de réaliser une actualisation du contrat. Par conséquent, *« il n'est pas rare de voir d'anciens baux renouvelés une, deux, voire plusieurs fois, de sorte que les parties se réfèrent parfois, dans leur acte de renouvellement, à un bail initial datant de 20 ou 30 années, voire plus »*.

Il s'agit, simplement, de bien rappeler que continuer de faire figurer, au sein du contrat de bail, des stipulations méconnaissant l'ordre public du statut, est source d'insécurité juridique. Nous pensons particulièrement à la répartition des charges et travaux, désormais plus strictement

¹⁷⁸⁷ Chaoui H., « La négociation et la conclusion du bail commercial : incidence de la réforme du droit des contrats », *Loyers et Copr.* n° 10, Octobre 2016, dossier 10

encadrée par le statut. Dans cette optique, l'action interrogatoire paraît offrir aux parties une façon simple d'avertir sur la nécessité d'agir pour pérenniser la relation.

746. Incertitude à clarifier. – Reste toutefois à savoir si le texte sera véritablement compatible avec le statut. En effet, la loi Pinel répute désormais non écrite toute clause contraire à l'ordre public. L'article 1183 fait référence, quant à lui, à la nullité du contrat. Si cela ne nous semble pas être un trop grand obstacle à l'utilisation de l'action interrogatoire, apparaissant être un outil intéressant dans l'évolution du bail commercial qui a, nous allons le voir, un fort besoin d'adaptabilité, une clarification sera, néanmoins, nécessaire.

Chapitre 2 - La souplesse par l'évolution du bail commercial

747. Il n'est pas question, ici, d'appeler à réformer le statut des baux commerciaux qui a lui-même évolué depuis 1953 mais d'évoquer, soit les difficultés que les parties peuvent rencontrer lorsqu'il apparaît nécessaire de faire évoluer le contenu de leur contrat, soit les moyens potentiels ou certains que celles-ci détiennent pour parvenir à cette finalité.

Ces moyens leurs sont offerts par le statut, par le droit commun, ou par l'aménagement conventionnel qu'elles eurent imaginé, en amont, pour s'offrir plus de prévisibilité ou plus de souplesse en cas d'imprévisibilité. En effet, la réalité des rapports contractuels actuels impose souvent de faire abstraction de la théorie générale du contrat pour permettre et envisager plus sereinement la transformation de celui-ci¹⁷⁸⁸. Cette nécessité concerne également les baux commerciaux.

748. Historiquement, les parties, comme le législateur, devaient considérer le contrat comme un outil permettant d'encadrer ou de contrôler « l'avenir ». « L'avenir » doit être compris dans le sens de l'imprévisible, ou du changement de position, d'avis, d'opinion, de volonté du cocontractant. Il doit, en conséquence, permettre de sécuriser le rapport contractuel et de protéger les parties de l'instabilité pouvant émaner de « l'extracontractuel ».

Pourtant, le nouveau droit des contrats, et les nouvelles influences paraissant l'imprégner, amènent à penser le contrat de bail commercial autrement. L'apparition des notions de « déséquilibre », de « cohérence », de « d'imprévisibilité », de « révision » et de « bonne foi », notamment, semblent montrer que le droit des baux commerciaux ne doit plus être considéré comme un droit spécial fermé et coupé de toutes considérations autres que la force obligatoire ou le contenu cohérent du contrat.

Certes, le bail commercial, acte commercial par destination, doit irrémédiablement se résoudre à faire face, quoi qu'il arrive, à l'imprévisible, mais cela doit conduire les parties à envisager, contractuellement, l'inattendu. On considérerait, dès lors, que si le bail commercial est trop rigide, fatalement son exécution poussera un jour les parties à abandonner tout esprit d'équilibre. Dans ce cas, la possibilité de mettre fin au contrat, en cas d'impasse économique ou humaine (**SECTION 2**), devient parfois l'unique solution. En revanche, si le bail

¹⁷⁸⁸ Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p.357
452

commercial peut prendre en considération le besoin de souplesse des parties, alors celui-ci pourrait être rééquilibré par simple remise en cause du contenu du contrat en cours (SECTION 1).

SECTION 1 - LA POSSIBILITE DE REMETTRE EN CAUSE LE CONTENU DU CONTRAT EN COURS D'EXECUTION

749. Le droit des baux commerciaux reste un socle solide. Mais celui-ci évolue avec le temps. Les soixante-cinq années qui se sont écoulées, depuis la création du statut, auront vu celui-ci se teinter d'ordre public, restreignant ainsi la liberté des bailleurs et des preneurs de fixer librement le contenu de leur bail et, dans le même temps, l'auront vu évoluer dans le sens de la protection de la partie faible et de la prise en compte de l'imprévisible et du besoin de stabilité du commerçant.

Or, ces nouvelles considérations économiques se concrétisent sur le plan législatif, habituellement, par des notions peu précises¹⁷⁸⁹, ce qui n'offre parfois pas au juge le moyen de faire évoluer, suffisamment, le contrat afin de répondre au besoin de souplesse du bail commercial. Ce contrat est, en réalité, tiraillé entre les objectifs contradictoires que sont l'équilibre, l'adaptabilité et la prévisibilité, d'un côté, la stabilité et la sécurité, de l'autre. S'ajoute à cela la quête supplémentaire, peut-être utopique, de simplification de la loi.

Afin de rechercher la stabilité, le législateur a notamment opté pour un mode de détermination judiciaire du loyer « *tant en cours de bail que lors du renouvellement* »¹⁷⁹⁰. En effet, la règle du plafonnement, pouvant parfois se montrer injuste pour le bailleur, il était nécessaire de permettre une adaptabilité du loyer, en prévoyant cependant des garde-fous : le juge doit assumer cette lourde tâche, quitte à n'accepter que très rarement que le loyer puisse évoluer, ce sera tout l'objet de notre propos.

En 1960, déjà, le rapport Armand-Rueff¹⁷⁹¹ évoquait le caractère « *sclérosant* » du statut des baux commerciaux qui, dangereusement, ne pas permettait pas les aménagements nécessaires pour les parties. Aujourd'hui encore, celui-ci est défini comme « rigide », « incohérent » et

¹⁷⁸⁹ Leveneur L., « Deux Mille Ans De Contrats », Contrats Conc. Consom. n° 1, Janvier 2000

¹⁷⁹⁰ Auque F., « Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ? » AJDI 2000. 478

¹⁷⁹¹ Armand L., Rueff J., « Rapport Armand-Rueff sur les obstacles à l'expansion économique », Imprimerie nationale 1960

comme ne permettant pas de faire face aux « *réalités économiques* »¹⁷⁹². Il se doit, pourtant, de répondre à la nécessaire adaptabilité du contrat de bail commercial (**Paragraphe 1**) afin de permettre à celui-ci de répondre, notamment, à une situation d'imprévision (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La remise en cause du contenu du contrat et la nécessaire adaptabilité du contrat

750. « *Le décret du 30 septembre 1953 (...) s'est attaché à préserver un équilibre économique entre les parties pendant le cours du bail, en autorisant la modification du loyer en cours d'exécution du contrat* »¹⁷⁹³. Cette phrase démontre, qu'en 1953, le besoin de souplesse que nécessite un tel contrat a déjà bien été appréhendé. « *Il faut donc, une fois de plus, alerter les praticiens sur l'attention qui doit être portée à la rédaction des clauses afférentes à la révision du loyer, à l'occasion de la négociation puis de la rédaction du bail commercial* »¹⁷⁹⁴ afin que celui-ci puisse être adapté en cours d'exécution (**A**). Cependant, l'adaptabilité du bail commercial est parfois difficile. A ce titre, l'exemple parfait est celui de la déspecialisation que la loi Pinel n'a pas souhaité réformer (**B**).

A) La difficile adaptabilité du loyer en cours d'exécution du bail commercial

751. Compte tenu de la difficile adaptabilité du loyer par exception légale (**1**), l'évolution du loyer par le jeu de l'indexation apparaît être un enjeu contractuel crucial (**2**) pour maintenir l'équilibre économique du contrat.

1- L'adaptabilité du loyer par exception légale

752. L'évolution du loyer, bien que prévue légalement, n'est pas aisée à obtenir. Nous relevons deux éléments qui permettent de démontrer cette difficulté, à savoir la laborieuse caractérisation du caractère notable des modifications apportés aux éléments caractéristiques de la valeur locative (**a**), ou l'imperméabilité du droit des baux commerciaux au droit bien s'agissant des modifications ou améliorations apportées aux locaux (**b**).

¹⁷⁹² Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

¹⁷⁹³ Bagneris M.-P., « Les modifications du loyer du bail commercial », thèse de doctorat sous la direction de Louis Rozes, 1995, Université Toulouse 1 Capitole

¹⁷⁹⁴ Brault P.-H., « Révision du Loyer », Loyers et copr. n°4, Avril 2017, comm.82

a- La laborieuse caractérisation du « caractère notable », garant de l'équilibre financier du bail

753. Nous nous intéressons, ici, à l'évolution du loyer à l'occasion du seul renouvellement du bail commercial, de par l'intérêt théorique que présente cette évolution, au regard de la notion d'équilibre, et de part un autre état de fait : dans la pratique, ce n'est très souvent qu'à ce moment que les parties songent à faire évoluer le loyer.

754. Rôle du juge lors de l'évolution du loyer, en cas de désaccord. – Lorsqu'il s'agit de rédiger le bail commercial initial, le principe est donc que les parties sont libres de fixer le montant du loyer. Pour ce qui est de l'évolution de celui-ci, le statut s'est chargé de mettre en place différents mécanismes censés permettre l'adaptabilité et la cohérence de ce montant. Nous verrons, plus tard¹⁷⁹⁵, que la loi Pinel à nouveau s'est intéressée à cette évolution, même si l'intervention du législateur a pu être critiquée.

Pour certains auteurs, la difficulté, et « *le fond du problème* » s'agissant de l'évolution du loyer, laissée lors du renouvellement du bail commercial à la seule appréciation du juge, en cas de litige, vient du fait que « *la fixation du loyer va échapper à toute notion de rapports économiques entre les parties, les performances de l'exploitation commerciale n'ayant, aujourd'hui, aucune incidence sur le niveau de loyer du bail renouvelé* »¹⁷⁹⁶. L'équilibre souhaité originellement par les parties cesserait donc d'exister par l'intervention du juge.

755. Preuve d'une modification « notable ». – Rappelons brièvement que le loyer renouvelé doit, normalement, être fixé à la valeur locative, celle-ci devant elle-même être appréciée selon les facteurs locaux de commercialité énumérés à l'article L. 145-33 du code de commerce. Néanmoins, le loyer peut exceptionnellement évoluer, lorsqu'un de ses éléments subit une modification notable en application du premier alinéa de l'article L. 145-34 du code de commerce selon lequel : « *A moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux*

¹⁷⁹⁵ Infra n° 785 et s.

¹⁷⁹⁶ Dumur J.-P., « Le temps et le loyer du bail », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4

premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques ».

La preuve de cette modification notable repose entièrement sur le bailleur, lorsque celui-ci désire déplaçonner son loyer. L'appréciation reviendra, ensuite, aux juges du fond qui devront vérifier la réunion de différents critères, tels que l'impact positif de cette modification notable sur l'activité du locataire. Dès lors, *« on peut regrouper les cas de déplaçonnement autour de (plusieurs) grandes hypothèses »*, telles que *« les modifications concernant l'importance de la ville, du quartier ou de la rue »*, *« l'augmentation de la population locale »*, et *« les modifications favorables à l'activité du locataire »*¹⁷⁹⁷. Or, la jurisprudence nous enseigne que ce caractère notable pose une difficulté : *« les conditions sont particulièrement difficiles à réunir »*¹⁷⁹⁸. Encore très récemment, un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁷⁹⁹ réaffirmait la règle de *« l'appréciation souveraine du caractère notable par les juges du fond »*¹⁸⁰⁰.

Dans un autre arrêt, plus ancien¹⁸⁰¹, où un déplaçonnement de loyer était sollicité, notamment en raison d'une modification de la surface exploitée du local, ainsi que des facteurs locaux de commercialité, la décision de la Cour est la suivante :

« Mais attendu que les travaux réalisés par le bailleur au cours du bail expiré ne peuvent constituer un motif de déplaçonnement du nouveau loyer qu'autant qu'ils ont eu une incidence favorable sur l'activité exercée par le preneur; qu'ayant souverainement retenu que, si les travaux réalisés par les bailleurs allaient au-delà d'un simple entretien et avaient incontestablement modifié les caractéristiques de l'immeuble rendu plus confortable et attractif, il n'apparaissait pas que ces travaux aient pu avoir une incidence particulière sur l'activité exercée par (le locataire) ».

Cette solution est intéressante. Elle nous permet de relever qu'incontestablement, dans l'appréciation du juge, il est question d'équilibre. Ne faisant qu'appliquer une jurisprudence constante, la Cour rappelle, qu'en l'état, la règle ne revient pas à dire que toute modification justifie de modifier le loyer. La règle amène à peser les éléments favorables et défavorables au

¹⁷⁹⁷ Reygrobelle A., « L'incidence de la modification des facteurs locaux de commercialité sur le bail commercial », JCP N n° 15, 13 Avril 2012, 1185

¹⁷⁹⁸ Brault C.-E., « Révision et modification matérielle des facteurs locaux de commercialité », GP n°11, mars 2017, p.66

¹⁷⁹⁹ Cass. civ. 3^e, 24 mai 2017, pourvoi n°16-15043, inédit

¹⁸⁰⁰ Barbier J.-D., « Déplaçonnement : appréciation souveraine du caractère notable par les juges du fond », GP n°26, juillet 2017, p.65

¹⁸⁰¹ Cass. civ. 3^e, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-16.605, Bull. 2008, III, n° 123

locataire. Dès lors, en l'espèce, on considère qu'une augmentation de surface, ne constitue pas, en soi, un avantage incontestable dans la façon de travailler du locataire¹⁸⁰², mais correspondrait à un « *avantage limité pour le locataire* ». Nous comprenons que dans tous les cas que ce soit, par exemple, le percement d'un mur, la modification de la surface exploitable, ou le changement de destination du local, le juge devra toujours apprécier le caractère notable. Par conséquent, c'est bien cet élément qui est censé permettre de déceler un éventuel déséquilibre, afin que le juge procède au rééquilibrage en autorisant le déplaçonnement.

756. Distorsion dans la caractérisation du notable. Manque de souplesse. – Il existe une règle supplémentaire, relative à la constatation de la modification notable, qui semble poser plus de difficultés. Si l'article L. 145-34 du code de commerce « *ne précise pas expressément la période ni le périmètre de référence qui doivent être pris en compte pour apprécier la modification notable* »¹⁸⁰³, rappelons que la jurisprudence a posé le principe suivant : « *la modification notable des éléments de la valeur locative doit être intervenue au cours du bail expiré* »¹⁸⁰⁴. Or, la combinaison de ces règles conduit, parfois, à des décisions montrant le caractère aberrant de la seule prise en compte du caractère notable, lorsque des modifications se font sur l'intervalle de plusieurs baux, c'est-à-dire lorsque les modifications s'arrêtent après un renouvellement. On en arrive à des situations où c'est le temps qui passe qui va, à lui seul, justifier du déséquilibre ou non du loyer, ceci par une application plus que rigide du texte.

En effet, lorsqu'une modification intervient en cours de bail commercial, et que celle-ci se prolonge après que le bail ait été renouvelé, le caractère notable de celle-ci n'étant pourtant absolument pas à remettre en question, elle ne permettra pas au bailleur de déplaçonner le loyer en fin de bail initial puisque la modification ne doit être appréciée, uniquement, que pendant le bail expiré. Nous pouvons, en conséquence, nous interroger sur la justesse et l'équilibre d'une pareille appréciation. Celle-ci semble refléter l'interdiction de souplesse que le juge s'impose à lui-même, alors que cette règle n'est aucunement posée par le texte. Fort heureusement, la règle vaut pour la constatation du fait, non pas pour la caractérisation du « notable » qui n'est soumise à aucune contrainte temporelle.

757. Qu'est-ce que le notable ? – Ces dernières années, les modifications en cours de bail commercial qui ont le plus motivé les bailleurs à solliciter le déplaçonnement du loyer restent

¹⁸⁰² Cass civ. 3^e, 13 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.133, Inédit

¹⁸⁰³ Chastagnier S., « Modification notable des facteurs locaux de commercialité : date d'appréciation et périmètre de référence », GP n°26, juillet 2017, p.81

¹⁸⁰⁴ Cass. civ. 3^e, 14 mai 1985, pourvoi n°84-11557 ; CA Versailles ch12 17 janvier 2017 n°13/03813

les augmentations de charges, notamment celles de la taxe foncière¹⁸⁰⁵. Les décisions rendues en matière d'augmentation de taxe foncière sont riches d'enseignement. Par exemple, il a pu être jugé que « *l'évolution de l'impôt foncier, à la charge du bailleur, ne saurait justifier le déplaçonnement, dès lors que le poids relatif de l'impôt par rapport au loyer est passé de 24,5 % à 26,7 %, ce qui ne représente pas une évolution substantielle des conditions économiques des relations contractuelles* »¹⁸⁰⁶.

En revanche, une hausse de plus de 274% a, récemment, permis à un bailleur d'obtenir le déplaçonnement de son loyer¹⁸⁰⁷. Le juge a, néanmoins, précisé que ce nombre important ne justifiait pas, à lui-seul, le déplaçonnement et qu'il était simplement « *pris en compte* ». C'est sur ce même raisonnement qu'un autre arrêt a précisé que le caractère notable s'appréciait « *au regard des revenus tirés de la location par le bailleur* »¹⁸⁰⁸.

Certains considèrent, ainsi, « *que la modification notable des facteurs locaux de commercialité n'est pas suffisante pour établir, de manière indiscutable, que celle-ci a eu un effet favorable au commerce considéré* » et que « *le bailleur doit établir l'évolution favorable générale de l'environnement* »¹⁸⁰⁹.

Toutefois, Monsieur Brault démontrait que « *la simple évolution quantitative de la commercialité ne peut suffire* »¹⁸¹⁰ à démontrer le notable. En effet, dans une récente affaire¹⁸¹¹, le bailleur amenait pourtant la preuve d'une évolution de clientèle de plus de 64%, d'un nombre de grandes enseignes ayant doublé sur le secteur, ainsi que l'arrivée d'une toute nouvelle clientèle de choix. Nous comprenons qu'en l'état actuel de la jurisprudence, pour les juridictions, cela ne peut constituer une modification notable, mais correspond, simplement, à une « évolution commerciale ». Selon nous, la solution peine à convaincre ...

¹⁸⁰⁵ Brault C.-E., « Déplaçonnement et augmentation de l'impôt foncier », GP n°215, 3 août 2013

Chastagnier S., « Déplaçonnement et augmentation de l'impôt foncier », GP, n°40, 21 nov. 2017, p.85

Barbier J.-D. note sous Cass. civ. 3^e, 7 février 2007 pourvoi n°06-10377, GP n°62261, 22 mai 2007, p.27

¹⁸⁰⁶ Chavance E., note sous CA Rennes, 2 sept. 2015, n° 10/01479, Loyers et copr. n° 11, Novembre 2015, comm. 231

¹⁸⁰⁷ CA Paris 5-3, 13 septembre 2017 n°15/18072

¹⁸⁰⁸ Brault C.-E. note sous Cass. civ. 3^e, 4 juin 2013, pourvoi n°12-18257, GP n°141f0, 3 août 2013, p.37

¹⁸⁰⁹ Monéger J. « Bail commercial - Baux commerciaux - Chronique Chronique dirigée par Joël Monéger », JCP E n° 4, 25 Janvier 2018, 1041

¹⁸¹⁰ Brault C.E., « Révision et modification matérielle des facteurs locaux de commercialité », GP n°11, mars 2017, p.66

¹⁸¹¹ CA Aix-en-Provence, 11^e ch A, 13 décembre 2016, n°15/16267

758. Le texte nous apparaît parfois appliqué trop rigoureusement. Cela reflète une situation déséquilibrée dans la recherche de l'équilibre financier du bail commercial. La rigueur de l'encadrement du déplaçonnement concerne également les travaux effectués par le locataire.

b- L'imperméabilité du statut au droit des biens : l'accession des améliorations différée

759. Modification des caractéristiques, ou améliorations des lieux loués. – Quand le preneur effectue des travaux dans le local exploité, de plus ou moins grande importance, se pose systématiquement la question de « l'accession »¹⁸¹². Si des travaux effectués par le bailleur peuvent entraîner un déplaçonnement du loyer, il est important de souligner, car peu de personnes en ont vraiment conscience, que les travaux effectués par le locataire peuvent, également, tout à fait justifier un déplaçonnement du loyer, s'ils modifient la caractéristique des lieux loués, en vertu de l'article R. 145-3 du code de commerce, ou s'ils consistent en des améliorations des lieux loués, en vertu de l'article R. 145-8 du même code¹⁸¹³. Cette règle peut, d'ailleurs, paraître très sévère pour le locataire qui paraît, d'un certain côté, quelque peu sanctionné pour une action bénéfique à la propriété de son bailleur.

En vertu de l'article 551 du code civil, « *tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies* ». Dès lors, en principe, les travaux réalisés par le preneur, sur l'immeuble loué, seraient susceptibles d'incorporer « directement » celui-ci. La règle n'est pourtant pas celle-ci¹⁸¹⁴ puisque l'accession est différée. Ses effets n'auront d'incidence sur la location qu'à partir du renouvellement suivant.

Par conséquent, les deux notions n'entraînent pas les mêmes effets, et c'est pourquoi le bailleur aura tout intérêt à justifier le déplaçonnement en invoquant la modification des caractéristiques du local, puisque cela lui permet d'augmenter le loyer, dès le premier renouvellement qui suit les travaux. En effet, dans le cas d'améliorations par le locataire, le bailleur ne pourra déplaçonner le loyer qu'au second renouvellement.

Il est important de préciser que le bailleur ne peut plus invoquer la modification des caractéristiques au second renouvellement. On comprend, ainsi, qu'il est stratégiquement conseillé au bailleur d'invoquer, chronologiquement, la modification au premier renouvellement et, si cela ne marche pas, d'invoquer ensuite l'amélioration lors du second

¹⁸¹² Planckeel F., « L'incidence du droit des biens sur les baux commerciaux », *Loyers et copr.* n°10, octobre 2017

¹⁸¹³ cf. Dumont-Lefrand M.-P., « Contrepartie financière à l'autorisation de réaliser des travaux et déplaçonnement », *AJDI* 2016, 767

¹⁸¹⁴ Rozes L., « Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué », *LGDJ, Bibl. Droit privé* 144, 1976

renouvellement. En cas de contestation, il appartient au demandeur d'apporter la preuve que la modification a entraîné une variation de plus de 10% de la valeur locative. Signalons qu'il s'agit seulement d'une variation à la hausse : on ne peut arguer d'une baisse de 10% de la valeur locative pour demander la diminution du loyer.

760. Pertinence de cette distinction de régimes – La différence entre « modifications des caractéristiques » et « modifications constitutives d'améliorations » n'est pas évidente. Selon certains auteurs, le statut des baux commerciaux exclue, gravement, les effets de l'accession en « *excluant à l'article R. 145-8 du code de commerce toute prise en compte dans la valeur des améliorations financées exclusivement par le locataire* »¹⁸¹⁵. Cette différence de régime serait même une « *absurdité* » pour Monsieur Miron¹⁸¹⁶. En effet, d'une part, une amélioration entraîne souvent une modification notable. D'autre part, alors que les travaux d'amélioration sont souvent les plus coûteux, ce sont les autres qui entraînent l'augmentation immédiate ! Pour Monsieur Planckeel, cette « *accession différée perturbe considérablement la vie du bail* »¹⁸¹⁷.

La confusion est encore plus marquée puisque si le bailleur peut obtenir le déplafonnement au premier renouvellement, en montrant que l'amélioration constitue une modification notable, cela est encore possible lorsque le bailleur a « *participé directement ou indirectement au financement des travaux* »¹⁸¹⁸. Enfin, lorsque les travaux d'amélioration réalisés mènent à requalifier le local en « local monovalent », le déplafonnement intervient, également, directement en application de l'article R. 145-10 puisque l'article R. 145-8 est applicable. Nous constatons donc de nouveaux sous-régimes...

761. Notons, enfin, que la plupart des baux commerciaux, et cela est parfaitement légal, stipulent expressément que l'accession interviendra immédiatement, ou que le locataire ne sera pas autorisé en fin de bail à récupérer les aménagements réalisés par ses soins. Ainsi, on en revient au principe de déplafonnement au premier renouvellement mais, uniquement, par l'intervention rédactionnelle. Cela démontre, l'intérêt d'aménager les clauses du bail commercial.

¹⁸¹⁵ Planckeel, *ibidem*.

¹⁸¹⁶ Miron E., *ibidem*

¹⁸¹⁷ Planckeel F., *ibidem*

¹⁸¹⁸ *Ibidem*

2- L'adaptabilité du loyer par le jeu de l'indexation, garante de son évolution instantanée

762. « *Compte tenu des fluctuations économiques, les clauses d'indexation du loyer sont un enjeu important des contrats de bail commercial* »¹⁸¹⁹. Pour cette raison, les parties choisissent fréquemment de déroger aux règles statutaires d'évolution du loyer (a). Peut-être pourraient-elles cependant le faire de manière « plus humaine » (b).

a- Les pratiques contractuelles usuelles dérogeant aux règles statutaires

763. Nous nous intéressons, désormais, à l'évolution du loyer pendant l'exécution du bail commercial qui peut se faire de deux façons différentes. L'évolution peut ainsi être effectuée selon la révision légale, et les règles définies par le statut, ou en application d'une clause d'indexation insérée au contrat, pour faciliter les discussions ultérieures.

764. Clauses d'indexation usuellement prévues dans un contrat de bail commercial. – Nous ne reviendrons, ni sur la technique de décapitalisation¹⁸²⁰, ni sur le loyer binaire¹⁸²¹, suffisamment développés en première partie de thèse.

765. Clause d'échelle mobile. – Rappelons que les parties peuvent, tout d'abord, prévoir une clause d'échelle mobile, qui doit modifier le loyer automatiquement, aussi bien à la hausse ou à la baisse, en application d'un indice défini dans le contrat. Les parties ont le choix entre ILC, ILAT, et ICC puisque celui-ci peut toujours être prévu conventionnellement. Monsieur Dumur a, déjà, eu l'occasion de faire la liste des différentes clauses d'échelle, insérées dans les baux commerciaux. Celles-ci ont déjà pu prévoir :

« Que la variation du loyer d'une année sur l'autre ne pourra intervenir qu'en cas de variation positive » ;

Ou « que dans le cas d'une variation négative de cet indice le loyer restera fixé à son niveau antérieur » ;

Ou « que la hausse ou la baisse du loyer ne pourra intervenir que lorsque la variation de l'indice dépassera un pourcentage déterminé à l'avance » ;

Ou « que la variation de l'indice ne pourra en aucun cas entraîner la fixation du loyer à un niveau inférieur au dernier montant payé ou au loyer de base » ;

¹⁸¹⁹ Flash Defrénois, « Enregistrement, Defrénois n°16, 24 avril 2017, p.1

¹⁸²⁰ Supra n° 95 et s.

¹⁸²¹ Supra n° 73 et s.

Ou encore « *que la variation de l'indice ne pourra en aucun cas entraîner une augmentation ou une diminution du loyer supérieure à un pourcentage déterminé à l'avance* »¹⁸²².

La légalité de ces dispositions a beaucoup été discutée en jurisprudence, ce qui a pu diviser la doctrine, notamment eu égard à des décisions de justice peu constantes. Néanmoins, une jurisprudence plus claire semble commencer à se dégager et la Cour de cassation a, ainsi, pu se prononcer sur le sort des clauses de renonciation à la révision par le preneur. Cette clarification était primordiale, compte tenu du comportement des bailleurs face au « *retournement du marché et de la baisse de nombreux loyers commerciaux* »¹⁸²³. Ainsi, les clauses d'indexation ne doivent plus conduire uniquement à une variation à la hausse¹⁸²⁴, ou « *à la renonciation anticipée du preneur à son droit d'obtenir la révision du loyer à une somme inférieure au loyer initial* »¹⁸²⁵.

La Cour de cassation a également pu se prononcer sur la coordination entre la clause d'échelle et l'article L. 145-38 du code de commerce, d'ordre public, encadrant la révision légale du loyer. Aussi, la Cour a pu réaffirmer¹⁸²⁶ que « *si les parties ont entendu « par dérogation » à l'article L. 145-38 du code de commerce adopter une clause d'indexation (qualifiée encore par le texte de clause d'échelle mobile), il n'y a pas de place pour la révision triennale* »¹⁸²⁷, sauf en cas de variation de plus de 10% de la valeur locative. En conséquence, et n'en déplaise aux bailleurs, la Cour a clairement affirmé¹⁸²⁸ que « *la stipulation d'une clause d'indexation conventionnelle régissant la variation annuelle du loyer du bail ne peut faire obstacle à la fixation du loyer du bail renouvelé correspondant à la valeur locative lorsqu'elle est inférieure au montant du loyer plafonné* »¹⁸²⁹. On constate une conservation de la valeur locative à titre d'exception.

766. La clause recette, ou clause de loyer variable. – Une autre technique permet aux parties de prendre en compte le chiffre d'affaires du locataire, pour indexer de manière plus cohérente le loyer. Il s'agirait d'une « *sorte d'association entre bailleur et preneur* »¹⁸³⁰. Cette clause appelée « clause-recette » ou « clause de loyer variable », qui « *a fait son apparition en*

¹⁸²² Dumur J.-P., « Le temps et le loyer du bail », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4

¹⁸²³ Flash Defrénois, ibidem

¹⁸²⁴ Cass. civ. 3e, 14 janvier 2016, pourvoi n°14-24.681, publié au Bulletin

¹⁸²⁵ Cass. civ. 3e 30 mars 2017, pourvoi n°16-13.914, publié au Bulletin

¹⁸²⁶ Cass. civ. 3e, 6 févr. 2008, pourvoi n° 06-21.983, Bull. civ. III, n° 23

¹⁸²⁷ Blatter J.-P., « Condition de la révision du loyer sur le fondement de l'article L. 145-38 », AJDI 2015, p.767

¹⁸²⁸ Cass. civ. 3e, 23 juin 2015, pourvoi n° 14-12.411, F-D

¹⁸²⁹ Brault P.-H., « Loyer du bail renouvelé », JCP E n° 47, 19 Novembre 2015, 1569

¹⁸³⁰ Belot P., « Soixante-treize ans de propriété commerciale », GP n°4, janvier 2000, p. 58

*France avec les premiers centres commerciaux dans les années 1960 »*¹⁸³¹ peut, notamment, permettre au preneur de débiter l'exploitation de son commerce avec une valeur de loyer basse qui n'augmentera que si la croissance de son entreprise s'avère positive dans le futur.

L'aspect « humain » et de « collaboration » du bail commercial est, ainsi, mis en avant puisque, par cette technique, le bailleur est plus concerné et impliqué dans l'objectif de pérennisation du commerce de son locataire. A l'image de la clause d'échelle mobile précédente, il existe de nombreuses formes de clause recettes, les deux principales étant les clauses uniquement dépendantes du chiffre d'affaires, ou les clauses de loyer binaire avec une base fixe et une base indexée sur le chiffre d'affaires. La première de ces deux clauses est, cependant, très rarement utilisée en pratique. En effet, celle-ci s'avère particulièrement aléatoire, pour le bailleur, qui prend le risque de voir son locataire échouer dans le développement de son activité. S'ajoute à cette prise de risque, le fait que l'administration fiscale essaie régulièrement « *d'imposer le bailleur, sur le loyer perçu, au régime des bénéfices industriels et commerciaux* »¹⁸³².

767. Une clause uniquement favorable au bailleur. – Pourtant, comme l'explique parfaitement Monsieur Boffa¹⁸³³, notre époque impose aux parties « *d'adapter leur contrat à la réalité économique* » et « *le bail commercial est au cœur de cette ingénierie contractuelle* ». Selon l'auteur, la clause-recette, présente principalement dans les hyper-centres, permet au bailleur « *de se protéger contre les risques d'érosion monétaire* » ou de répondre à « *l'adaptation au contexte micro-économique* ». Mais ces clauses, bien que permettant à elles-seules d'aménager un régime luttant contre l'imprévision, ne profitent donc principalement qu'au seul bailleur.

Certains auteurs appellent, dès lors, à envisager une nouvelle façon de faire évoluer le loyer. Celle-ci conduirait au regain d'humanisme et de collaboration, nécessaire au rééquilibrage financier du bail commercial.

b- La souplesse offerte par le taux d'effort admissible : regain d'humanisme et de collaboration dans l'évolution du loyer

768. Prise en compte de l'activité du locataire. – A l'heure actuelle, la détermination du loyer se fait principalement eu égard à la mesure de la surface en présence. Toutefois, les parties

¹⁸³¹ Dérrupé J., « Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993, p.161

¹⁸³² Dérrupé J., *ibidem*

¹⁸³³ Boffa R., « La révision et la résiliation pour imprévision », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 12

ont quelques fois recours à une autre méthode de fixation et d'évolution du loyer. Nous avons signalé, précédemment, l'indexation en fonction du chiffre d'affaires. Cette autre méthode fait également appel au chiffre d'affaires, mais dans une approche de prévision, plus que d'évolution. Bailleurs et preneurs vont être amenés à estimer le chiffre d'affaires que le preneur pourrait arriver à dégager, avec ses moyens et les facteurs locaux en présence. Une fois l'estimation réalisée, les parties vont fixer le prix, par application d'un « *taux d'effort* »¹⁸³⁴. On se rapproche, en vérité, des méthodes de détermination spécifiques à certains domaines d'activités, tels que les hôtels, les ensembles immobiliers, ou même les centres commerciaux dans ce qu'il s'y fait de plus positif.

Dans ces domaines particuliers, les parties sont amenées à calculer, plus que le loyer, l'ensemble des charges locatives que le preneur sera en « capacité de financer ». On part donc du principe que le bailleur a peu d'intérêt à transférer toutes les charges et taxes sur le preneur si celui-ci est en incapacité complète de les payer. On effectue donc le calcul suivant :

$$\text{« Charge locative (loyer + charges) = chiffre d'affaires x taux d'effort »}^{1835}$$

Nous comprenons que deux valeurs sont à déterminer : il s'agit, d'une part, du chiffre d'affaires prévisible, constituant les fonds disponibles du locataire et, d'autre part, du taux d'effort correspondant à la part proportionnelle que le locataire peut affecter aux dépenses locatives. Ce que nous constatons, ici, c'est que tout dépendra finalement de la marge dégagée par le preneur. Celle-ci ne sera jamais la même entre deux entreprises, (inutile, dès lors, d'appliquer la marge moyenne d'une grande enseigne de fast-food à la petite épicerie « bio-vegan » de quartier), mais sera généralement similaire entre deux entreprises du même secteur d'activité.

Ainsi, lorsque le taux d'effort admissible tournera autour de 66% pour les supermarchés, il pourra être fixé à 8% pour les boutiques textiles. Cela constitue, non seulement un bon outil de « business-plan » pour le locataire qui peut savoir s'il sera capable de supporter les charges, mais également un bon outil de « choix de locataire » pour le bailleur qui peut, à l'avance, s'assurer de ne pas avoir à prendre à sa charge des dépenses qu'il avait prévu, dans l'idéal, de transférer à son preneur.

769. Une utopie, source de la cohérence dans l'équilibre financier – Pour la majorité des auteurs, il s'agit pour le moment simplement d'un « *rêve... ou plutôt une piste à*

¹⁸³⁴ Sainsard H., « L'incidence du chiffre d'affaires sur la détermination du loyer », GP n°10, 22 oct. 2011, p. 15

¹⁸³⁵ Sainsard, *ibidem*.

explorer »¹⁸³⁶. Cet outil, plus qu'un moyen de prévisibilité, permettrait de rééquilibrer le bail commercial et d'éviter les incohérences économiques dans la conclusion et la rédaction de celui-ci.

En effet, à l'heure actuelle, avec les méthodes de fixation et d'évolution classiques du loyer, « *le preneur va accepter de conclure le bail moyennant un loyer très enlevé qui n'a rien à voir avec la valeur économique du local* » uniquement parce que celui-ci est « *situé pour lui à un endroit stratégique* ». Il sait « *pertinemment qu'à l'échéance du bail, voire en cours de bail, il va pouvoir obtenir du juge la re-fixation à la baisse de son loyer, à une valeur judiciaire qui, pas plus que le loyer initial, n'est en rapport avec son activité* »¹⁸³⁷. En quelque sorte le locataire se sert, de mauvaise foi, de la protection que le législateur lui accorde, en tant que partie historiquement faible.

Pareillement, le bailleur va contraindre son locataire à s'engager pour une durée supérieure à neuf ans pour échapper au plafonnement et profiter d'un sous-régime échappant à certaines règles d'ordre public. Pour y parvenir, le bailleur va offrir, en échange, un loyer initial très bas au locataire, en sachant qu'en fin de bail le déplafonnement lui permettra d'obtenir la valeur locative réelle et, donc, de rehausser considérablement la valeur du loyer. Le montant sera calculé par expert et n'aura, peut-être, aucune pertinence au regard de l'activité exercée par le preneur.

770. Une utopie pourtant plus proche des réalités économiques ... – Comme le font remarquer certains auteurs, de manière pertinente nous semble-t-il, « *nous sommes dans un monde qui tourne aujourd'hui entre 1 % et 1,5 % de croissance annuelle, soit trois fois moins que le taux de croissance des années 80 et six fois moins que le taux de croissance des années 70. Aussi, en matière de baux commerciaux, une détermination de la valeur locative prenant en compte le « taux d'effort admissible » du preneur confèrerait ipso facto une plus grande souplesse au contrat* »¹⁸³⁸. Ainsi, bailleur et locataire serait en mesure de faire en sorte que leur contrat corresponde à la réalité économique ce qui en humanisant celui-ci et réduirait le risque de conflit entre eux. Nous reviendrions, finalement, à ce que le législateur avait tenté d'imposer dans le statut, mais avait également rapidement abandonné, à savoir la valeur locative

¹⁸³⁶ Dumur J.P., *ibidem*

¹⁸³⁷ Dumur, *ibidem*

¹⁸³⁸ *ibidem*

« équitable »¹⁸³⁹. Peut-être cela constitue-t-il, en fin de compte, l'équation équilibrée en matière de loyer.

771. Répondre aux problématiques d'ordre économique, en matière de bail commercial, c'est également permettre au preneur de faire évoluer son activité commerciale en cas de nécessité. Or, à l'heure actuelle, ce que l'on appelle la « désécialisation » est très souvent difficile à obtenir pratiquement pour le preneur.

B) La difficile adaptabilité de l'activité prévue dans le bail commercial par le seul locataire

772. Qu'elle soit négociée (1) ou obtenue judiciairement (2), la désécialisation offre, parfois, difficilement la souplesse nécessaire au maintien de l'équilibre du bail commercial.

1- La désécialisation négociée ou autorisée : la souplesse obtenue par le contrat

773. Nécessité d'adoption. – Penser la désécialisation, c'est-à-dire la possibilité pour le locataire de faire évoluer son activité pour s'adapter, c'est également parler de la souplesse imposée par le marché. Etrangement, « *le droit de la désécialisation est la branche morte du statut des baux commerciaux* »¹⁸⁴⁰. Ainsi, le bailleur, par réflexe, va être tenté au moment de rédiger le bail commercial de systématiquement refuser au locataire toute possibilité d'exercer une autre activité que celle qui avait été initialement prévue.

Pourtant, la réalité du commerce pousse à considérer qu'à un moment ou un autre, que ce soit assez rapidement ou au bout de plusieurs années plus ou moins prospères, le commerçant devra se « réinventer » et repenser son activité pour que celle-ci continue, au minimum, de lui offrir le même chiffre d'affaires. Selon Monsieur Monéger, il faudrait que le contrat permette facilement l'aménagement contractuel de la destination : « *la contractualisation de l'adaptation devrait être naturelle, mais le colbertisme à l'origine du dualisme français, qui conjugue la liberté des entreprises avec une gestion politique de l'activité économique* »¹⁸⁴¹ ne l'a pas permis.

¹⁸³⁹ Supra n° 103

¹⁸⁴⁰ in Monéger J., « La désécialisation et les difficultés économiques du locataire », AJDI 2018 p.268

¹⁸⁴¹ Ibidem

774. Impossibilité de déspecialiser en adaptant le loyer. – En 1965¹⁸⁴², pourtant, le législateur souhaitait faciliter une telle adaptation. Ainsi, étaient créés les articles L. 145-47 à L. 145-55 du code de commerce, impératifs, encadrant la déspecialisation du bail commercial. Cependant, ces articles n'ont, semble-t-il, jamais su offrir la moindre souplesse aux parties et la moindre marge de manœuvre au locataire. Les auteurs ont même considéré que l'esprit de souplesse avait, définitivement, cessé d'être le 19 mai 2004 lorsque la Cour de cassation décida que les parties n'avaient pas le droit de modifier, par avenant, la destination initiale du bail commercial en échange d'un ajustement du loyer pour que celui-ci corresponde à la nouvelle activité du preneur¹⁸⁴³.

775. Un texte laissant peu d'issues favorables. – L'article L. 145-47 est donc celui chargé de définir les conditions que le locataire doit respecter pour pouvoir, éventuellement, faire évoluer son activité. Celui-ci n'est autorisé, unilatéralement, qu'à adjoindre une activité incluse et doit respecter la procédure de déspecialisation partielle pour « *adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires* »¹⁸⁴⁴. Rappelons que la loi Macron du 6 août 2015, complétée par le décret n°2016-296, ayant modifié le formalisme de notification des actes relatifs au bail commercial, en vertu de l'article R. 145-38 du code de commerce, le locataire peut prévenir son bailleur de l'adjonction par lettre recommandée avec accusé de réception.

Mais l'article L. 145-37 est, aujourd'hui, considéré comme ne permettant plus au preneur de faire face aux difficultés économiques. Le locataire, s'il ne fait pas suffisamment attention, au moment de la rédaction du bail commercial, à l'intérêt de s'aménager une déspecialisation contractuelle facilitée, ne pourra l'obtenir par la suite que par une négociation avec son bailleur qui consentira, ou ne consentira pas, à l'octroyer par voie d'avenant.

776. La seule solution du contrat. – La loi Pinel de 2014, visant à garantir la pérennité du commerce, n'a pas modifié la réglementation propre à la déspecialisation en permettant un ajustement et un rééquilibrage du bail commercial, en cours d'exécution, lorsqu'une adjonction est demandée. Dès lors, à l'heure actuelle, la seule solution pour les parties reste le contrat, et l'anticipation puisque « *le preneur potentiel dont le projet d'entreprise a été sérieusement réfléchi, s'il a les compétences juridiques requises pour déceler les pièges du bail commercial,*

¹⁸⁴² Loi n° 65-356 du 12 mai 1965 modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre les bailleurs et les locataires en ce qui concerne les baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal

¹⁸⁴³ Cass. civ. 3^e, 19 mai 2004, n° 03-11.303, Bull. 2004 III N° 101 p. 92

¹⁸⁴⁴ Brault P.-H., « Caractère licite et portée de la restriction conventionnelle », Loyers et copr. n° 5, Mai 2018, comm. 121

*ou s'il sait se faire conseiller et accompagner, peut tirer avantage, plus souvent qu'on ne le croit, de la marge de négociation »*¹⁸⁴⁵. A ce titre, pour ce qui est de la rédaction de la clause de destination, le principe étant celui de la liberté contractuelle, il paraît regrettable de n'envisager, uniquement, que les deux seules clauses de déspecialisation partielle, ou interdite, généralement proposées dans les formules mises à disposition par les bases de données juridiques, c'est-à-dire celles dont se servent les professionnels du droit... Il pourrait être, ainsi, particulièrement stratégique de penser à insérer une clause de renégociation automatique à chaque renouvellement, une clause permettant la pluriactivité, ou la substitution possible d'activité¹⁸⁴⁶.

777. Profiter des nouveaux mécanismes d'imprévision ? – Il s'agit aujourd'hui, également, d'envisager les clauses d'imprévision comme une solution de réadaptation, en cas de survenance d'imprévus rendant critique la continuation du bail commercial « en l'état ». Nous le verrons par la suite¹⁸⁴⁷, le législateur a introduit un mécanisme d'imprévision supplétif dans le code civil. Les praticiens cherchent pour le moment massivement à l'écarter, mais il nous semblerait judicieux de l'aménager en prévoyant, par exemple, qu'en cas de trop forte nouvelle concurrence, de chute brutale du chiffre d'affaires, ou de changement de population, la renégociation de l'activité prévue dans le bail commercial s'imposerait automatiquement aux parties.

Le statut n'offre, sur le plan de la déspecialisation, aucun autre moyen d'adaptation. Le locataire aura beau modifier, et améliorer, sa façon de travailler, son offre commerciale ou ses sources d'approvisionnement, dans certains cas de figure, tant qu'il ne modifiera pas en profondeur son activité, celui-ci se dirigera vers la fin forcée du bail commercial, dans le meilleur des cas. Finalement, le seul regain de souplesse n'émane, souvent, que du juge.

2- La déspecialisation judiciaire, solution de souplesse offerte par le juge au locataire

778. Précisons qu'il ne s'agit pas de revenir ici sur la cession-déspecialisation déjà étudiée en première partie de thèse¹⁸⁴⁸, mais de rester sur la nécessité, hors procédure collective, d'adaptation du bail commercial.

¹⁸⁴⁵ Monéger J., *ibidem*

¹⁸⁴⁶ *Ibidem*

¹⁸⁴⁷ *Infra* n° 802 et s.

¹⁸⁴⁸ *Supra* n° 319

779. Le bailleur n'a pas à justifier son refus. – Le preneur a donc tout à fait le droit d'adjoindre des activités incluses, c'est-à-dire qui « *se rattachent naturellement à la destination et à son évolution. Dès lors, le locataire n'a pas à solliciter du bailleur une autorisation quelconque pour les exercer* »¹⁸⁴⁹. En revanche, le régime est nettement moins favorable au locataire, qui doit solliciter l'autorisation de son bailleur, pour ce qui est de la déspecialisation partielle : « *pour l'adjonction d'une activité connexe ou complémentaire (déspecialisation partielle), le locataire doit faire la demande au bailleur par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de réception* »¹⁸⁵⁰. La difficulté est d'autant plus grande qu'en application de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, le bailleur n'a plus à justifier son refus. Il appartient au juge de dire si le refus est fondé ou non. C'est ce qui a pu faire dire à Monsieur Monéger qu'« *à dire vrai, les mécanismes de déspecialisation, prévus par le code de commerce, ne fonctionnent plus. A nouveau, force est de reconnaître que rien dans la loi Pinel n'est venu améliorer la régulation de la déspecialisation* »¹⁸⁵¹.

780. Une majorité de refus s'expliquant par l'absence de marge de manœuvre offerte par les textes. – Ainsi, lorsque le bailleur refuse catégoriquement la déspecialisation, il ne reste plus au locataire que la voie judiciaire. Malheureusement pour lui, pourrait-on dire, s'agissant de la déspecialisation partielle, le statut des baux commerciaux, considéré comme particulièrement protecteur du locataire, ne lui prévoit pas des règles favorables. En effet, la Cour de cassation est forcée d'appliquer l'article L. 145-47 du code de commerce et « *les tribunaux doivent alors, exclusivement, décider si les nouvelles activités projetées constituent bien des activités connexes ou complémentaires* »¹⁸⁵². Aucune autre marge de manœuvre dans l'appréciation ne leur est offerte, ce qui explique que, dans les faits, les juges n'accordent que, très rarement, pareille déspecialisation.

Pourtant, avant la création de cet article, les auteurs¹⁸⁵³ relèvent que les juges essayaient toujours d'interpréter le contrat favorablement au locataire. Dès lors qu'un lien entre l'activité, prévue initialement, et l'activité désormais souhaitée par le locataire, existait, les tribunaux jugeaient la nouvelle activité comme incluse, accessoire, et donnaient raison au locataire. C'est finalement le législateur qui, souhaitant simplement insérer le terme « déspecialisation » au sein du code de commerce, est allé dans un sens défavorable au locataire. Toutefois, les juges

¹⁸⁴⁹ Dumont-Lefrand M.-P. « Bail commercial et évolution des usages locaux commerciaux » AJDI 2016 p.115

¹⁸⁵⁰ Velin V., « Bail commercial : le refus d'ajouter une activité connexe ou complémentaire n'a pas à être motivé », Ed. FR Lefebvre, la Quotidienne, 5 avril 2017

¹⁸⁵¹ Monéger J., « Déspecialisation partielle. Absence de motivation au refus du bailleur », RTD com 2017, 293

¹⁸⁵² Dray J., « La déspecialisation partielle du bail commercial », Legavox, Article juridique, 11 fév. 2015

¹⁸⁵³ Cf Garbit P. in Le Lamy Baux Commerciaux : Droit Commercial - WKF - Wkf.fr

continuent parfois de s'offrir quelques libertés dans l'application des règles du statut, mais cela reste « statistiquement » défavorable au locataire.

781. Absence regrettable d'un nouveau mécanisme de déspecialisation dans les dernières réformes. – Nous considérons regrettable que la loi Pinel n'ait pas perçu la nécessité de prendre en considération, plus que le besoin de stabilité ou de protection, le besoin de souplesse qu'ont tous les commerçants, et particulièrement ceux que la loi Pinel cherchait à protéger. Celle-ci aurait pu créer une procédure d'urgence, permettant au preneur de solliciter une modification de la destination et entraînant une nouvelle fixation du montant du loyer. Pour que cela reste équilibré, il aurait pu être prévu que le bailleur conserve la possibilité de refuser ou d'accepter : le refus, puisque entraînant par la force des choses « condamnation » du commerce du locataire, le bail commercial aurait été automatiquement rompu et le locataire aurait pu se voir offrir, par le bailleur, une indemnité par exemple égale à la valeur du fonds de commerce développé par le locataire.

782. Obsolescence des textes. – « *Face à une loi obsolète, à l'ignorance ou au refus du législateur de 2014 de l'adapter aux exigences du temps (...) les usages commerciaux et les attentes de la clientèle évoluent alors que les baux restent intangibles, de renouvellement en renouvellement. Il s'ensuit que la clause de destination d'hier se trouve frappée d'obsolescence au regard de la demande et du marché* »¹⁸⁵⁴. C'est-à-dire, concrètement, que le bail commercial actuel, tel qu'il est encadré par les textes fondamentaux, ne permet pas l'adaptation. En période de crises successives, les baux commerciaux devraient pourtant pouvoir répondre à une situation d'imprévision.

Paragraphe 2- La possibilité de remettre en cause le contenu du contrat afin de répondre à une situation d'imprévision

783. Prévoir l'imprévisible, le futur imparfait. – L'époque ancienne où ne figurait aucune disposition sur l'impact des circonstances imprévues sur l'équilibre du contrat, ou l'époque de la « *jurisprudence Craponne, cette vieillerie dont il (faudrait) se débarrasser absolument* »¹⁸⁵⁵, semblent lointaines aujourd'hui. « *Les rédacteurs de baux savent que la rédaction d'un bail commercial demande d'envisager le futur, en ce compris le futur*

¹⁸⁵⁴ Monéger J., « La déspecialisation et les difficultés économiques du locataire », AJDI 2018, p.268

¹⁸⁵⁵ Genicon T., « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », D. 2010, 2485

imprévisible, le futur imparfait »¹⁸⁵⁶. Preneur et bailleur doivent prévoir et anticiper, certes, mais doivent, également, jouir des outils nécessaires permettant de faire face à des changements importants mettant en péril l'équilibre du bail commercial. La cohérence et l'équilibre économique peuvent disparaître et les parties doivent en prendre acte pour réadapter leur contrat.

Monsieur Monéger rappelle qu'il est « *de la mission du statut des baux commerciaux depuis 1926* »¹⁸⁵⁷ de prévoir l'imprévisible. C'est afin de répondre à cette mission que le législateur crée, par exemple, le droit à l'indemnité d'éviction du preneur si celui-ci, de manière imprévisible, se trouvait privé du droit à rester dans les locaux par le bailleur. Il y a encore « *d'autres dispositions qui doivent se conjuguer avec les stipulations du bail lorsqu'il est loisible aux parties de moduler le prévisible* ».

Mais, d'une part, rien n'est moins facile que de faire en sorte que la rédaction initiale du bail garantisse la pérennité de son équilibre sur la durée et, donc, de prévoir l'imprévisible. L'équilibre du bail commercial sera toujours dépendant de l'évolution de celui-ci sur le long terme et, souvent, bien après le premier renouvellement. Le bail commercial doit permettre l'adaptation, le problème étant que celle-ci reste bien souvent conditionnée par le bon vouloir des parties et que, la plupart du temps, l'une d'entre elles se heurtera à l'inertie de l'autre. D'autre part, on constate en pratique que le locataire a beau « *élaborer un business plan, effectuer une modélisation de son activité en cherchant à fixer le point mort à partir duquel l'entreprise sera réputée rentable* »¹⁸⁵⁸, cette tentative de prévision de l'imprévisible ne sera que très rarement prise en considération dans le contenu du bail initial. On verra ainsi, ordinairement, une inadéquation totale entre ce « business plan » et ce que le locataire acceptera, lui-même, de signer. Enfin, jusqu'à présent, le seul moyen de réviser le bail commercial, sur les neuf années (durée classique de bail commercial), étaient réellement la révision légale du loyer ou le renouvellement du bail commercial : rien d'autre n'était prévu en vérité.

784. Nouveaux mécanismes permettant de faire face à l'imprévisible. – La loi Pinel a, pour la première fois, inséré dans le statut ce que nous considérons comme étant la première véritable gestion de l'imprévision (A). Mais « *les difficultés nées de l'application de la loi Pinel ont actualisé la nécessité de rechercher des solutions pour adapter les baux renouvelés aux*

¹⁸⁵⁶ Monéger J., « Unité ou pluralité des statuts », AJDI 2014, p.112

¹⁸⁵⁷ Monéger J. « Le temps, l'imprévisible et le bail commercial », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 6

¹⁸⁵⁸ Ibidem

nouvelles dispositions autres que la fixation du loyer »¹⁸⁵⁹. La possibilité, offerte par la réforme du droit des contrats, consistant à faire appel au juge en cas d'imprévision, doit donc être étudiée de près (B).

A) La toute première gestion de l'imprévision dans le bail commercial par le lissage de l'augmentation du loyer, ou « plafonnement du déplafonnement »

785. La loi Pinel instaure une nouvelle protection du locataire en cas d'augmentation trop brusque du loyer (1), qui suscite quelques interrogations pratiques (2).

1- Une nouvelle protection du locataire en cas d'une augmentation trop brusque de loyer

786. Augmentations sources de contentieux. – S'il n'y a généralement pas beaucoup de contentieux en matière de loyer initial, cela n'est pas le cas lors de la révision du loyer, que ce soit lors de la révision triennale, ou lors du renouvellement. Le mécanisme de plafonnement des loyers, précédemment étudié¹⁸⁶⁰, avait finalement un effet négatif pour les commerçants : lorsque le bailleur obtenait le déplafonnement du loyer, en justifiant par exemple d'une modification notable, la trop importante augmentation qui en découlait fragilisait le locataire. S'en suivaient des conséquences parfois graves, lorsque les capacités de celui-ci ne lui donnaient pas la capacité de continuer l'exploitation, ou ne lui offraient pas le temps de réadaptations nécessaire pour y parvenir.

787. Intervention du législateur. – Les loyers ayant augmenté de presque 40% ces dernières années, par le seul fait de l'augmentation de l'ICC, la loi Pinel décida donc d'aller plus loin dans l'encadrement de ceux-ci, en cherchant à limiter les excès et les abus, lors de la révision ou du renouvellement du bail, par la création d'un « plafonnement du déplafonnement ». Ainsi, le législateur introduit une disposition destinée à limiter les excès et rétablir, une nouvelle fois, un équilibre entre les parties.

L'article 11 de la loi du 18 juin 2014 a donc introduit une disposition d'une grande importance en matière de modification du loyer. Comme l'affirmait Monsieur Blatter, de toutes les nouvelles dispositions introduites par la loi Pinel, celle que nous avons tous en tête et qui a, très

¹⁸⁵⁹ Confino A., « Imprévision et bail commercial » - AJDI 2016, p.345

¹⁸⁶⁰ Supra n° 785 et s.

rapidement, fait couler beaucoup d'encre est incontestablement le « *plafonnement du déplafonnement* » : cette formule est « *tout un programme* »¹⁸⁶¹ ...

Désormais, l'augmentation du loyer révisé, ou l'augmentation du loyer au moment de renouveler le bail commercial, ne peut plus « *conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* »¹⁸⁶², en vertu des articles L. 145-34, L. 145-38 et L. 145-39 du code de commerce, qui ont été modifiés par l'article 11 de la loi Pinel. Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats conclus, ou renouvelés, depuis le 1er septembre 2014, comme l'ont à nouveau précisé certaines juridictions¹⁸⁶³.

Même si le projet singulier de plafonnement a beaucoup évolué, le but du législateur était clair, il s'agissait tout simplement d'aider les commerçants placés dans l'obligation de payer de trop fortes augmentations de loyers. Ainsi, en étalant dans le temps l'instauration d'un nouveau loyer, rehaussé à la valeur locative par effet du déplafonnement, par paliers successifs de 10%, on permet au locataire de retomber progressivement sur ses pieds.

788. Règle déséquilibrée ? – Cette nouvelle règle n'est pourtant pas équilibrée selon certains auteurs¹⁸⁶⁴. Si le but de la loi Pinel était bien l'équilibre des relations entre les parties, cet avantage donné aux locataires aurait dû avoir une contrepartie. Selon certains, il aurait été juste que les bailleurs puissent, eux-aussi, invoquer le déplafonnement en cas de loyer sous-évalué. Il s'agissait, d'ailleurs, d'une recommandation de la commission Pelletier, recommandation que le législateur ne suivit pas.

Le premier essai, en matière de lissage du loyer par paliers, remontait au décret du 13 juillet 1959 qui avait tenté de limiter l'augmentation des loyers, par des paliers de 20 % par semestre, pour les loyers révisés. Mais à l'époque, les rédacteurs de ce décret avaient précisé, « *avec grande sagesse* »¹⁸⁶⁵ selon certaines analyses, que « *les paliers semestriels de 20 % prenaient fin, dès lors qu'une demande de révision était formulée, ou à l'occasion du renouvellement du bail pour le cas où il s'agissait d'une révision prenant effet quelques années avant son échéance* »¹⁸⁶⁶. Le lissage était, de cette manière, plutôt restrictif, et n'appelait pas à énormément de questionnement. Avec ce nouveau lissage, le régime est tout autre.

¹⁸⁶¹ Dumur J.-P., « Loi Pinel et « plafonnement du déplafonnement » : quadrature du cercle et casse- tête chinois ! » AJDI 2014, p.405

¹⁸⁶² C. com., Art. L. 145-34, réd. L. 18 juin 2014, art. 11, 1°

¹⁸⁶³ TGI, 2 sept. 2015, n° 13/08487 ; CA Paris, pôle 5, 3e ch., 2 déc. 2015, n° 14/09224

¹⁸⁶⁴ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.97

¹⁸⁶⁵ Téchené V., « La doctrine examine la loi Pinel », Lexb. Hebdo A. n°396, 2 octobre 2014

¹⁸⁶⁶ Ibidem

789. Deux lissages différents instaurés par la loi Pinel. – La loi Pinel n’instaure pas qu’un seul lissage des augmentations de loyer. Il y a en vérité deux champs d’application. En effet, l’article 11 de la loi Pinel concerne à la fois le renouvellement du bail commercial¹⁸⁶⁷, et la révision légale du bail commercial¹⁸⁶⁸.

En matière de renouvellement du bail commercial, seulement deux situations sont à distinguer. La première concerne, tout d’abord, le déplaçonnement en cas de modification notable de l’un des éléments caractérisant la valeur locative, de l’article L. 145-33 du code de commerce. Nous ne revenons pas sur le caractère notable¹⁸⁶⁹. Ensuite, la seconde concerne le déplaçonnement lorsqu’il est fondé sur la durée contractuelle du bail qui est supérieure à neuf ans.

En matière de révision, deux situations sont, également, à distinguer. Tout d’abord, le plaçonnement est appliqué en cas de déplaçonnement, suite à la variation de plus de 10 % de la valeur locative, en cas de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité. Le plaçonnement s’applique également lorsque, dans le cas des loyers indexés, il y a eu une augmentation de plus du quart du loyer.

C’est de cette façon que nous comprenons, en fin de compte, que le terme de « plaçonnement du déplaçonnement » n’est pas vraiment adapté. Il couvre d’autres situations que le déplaçonnement. Nous devrions plutôt parler de « nouveau plaçonnement des augmentations des loyers obtenu dans les cas énumérés par le nouveau texte » ...

2- Interrogations et problèmes soulevés par cette nouvelle protection

Ces difficultés sont tout d’abord d’ordre pratique (a), mais conduise, également, à des effets pervers sur le fond (b).

a- Les difficultés d’ordre pratique soulevées par la nouvelle protection

790. Un texte d’ordre public, l’autre supplétif. – Contrairement à ce qui avait pu être prévu dans l’ancien décret de 1959, la loi Pinel, et ce malgré les avertissements de la

¹⁸⁶⁷ C. com., Art. L. 145-34

¹⁸⁶⁸ C. com., Art. L. 145-38 et Art. L. 145-39

¹⁸⁶⁹ Supra n° 757

doctrine¹⁸⁷⁰, a institué un lissage par paliers¹⁸⁷¹ de 10 %, s'effectuant selon des conditions d'une grande complexité. Cela est regrettable dans la mesure où il a, déjà, été jugé qu'il « *n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux, mais dans celui des parties, d'arrêter l'échéancier des loyers qui seront exigibles durant la période au cours de laquelle s'applique l'étalement de la hausse du loyer instauré par ce texte* »¹⁸⁷².

Ainsi, tout d'abord pour la révision triennale, l'article L. 145-38 du code de commerce dispose désormais que « *par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel (...). Dans le cas où cette preuve est rapportée, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* ».

Pareillement, s'agissant de la révision du loyer, consécutive au renouvellement du bail commercial, l'article L. 145-34 du code de commerce dispose qu'« *en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* ».

Notons qu'il s'agirait, visiblement, de considérer que le premier de ces deux textes, étant visé par l'article L. 145-15 du code de commerce, est d'ordre public, contrairement à l'article L. 145-33 du code de commerce¹⁸⁷³, et que le second pourrait être évincé par les parties¹⁸⁷⁴. En effet, pour le second, « *les praticiens qui, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, avaient pris soin d'insérer dans les baux conclus depuis cette date, une clause de renonciation du lissage du loyer* »¹⁸⁷⁵ pourront se rassurer : celles-ci sont régulières.

¹⁸⁷⁰ Barbier J-D., Brault C.-E., « La réforme du statut des baux commerciaux par la loi du 18 juin 2014 » GP spécial n° 220, août 2014

¹⁸⁷¹ Planckeel F. obs. sous Cass. 3^e civ., 20 mai 2015, pourvoi n°13-27.367, FS P+B+R+I, Loyers et copr. 2015, étude 3

¹⁸⁷² Rouquet Y., « Bail commercial : lissage du déplafonnement et office du juge », DP 16 mars 2018

¹⁸⁷³ Monéger J. « Baux commerciaux », JCP E n°28, 9 juillet 2015, 1350

¹⁸⁷⁴ Cass. 3e civ., 9 mars 2018, avis n° 15004, P+B (avis sur saisine du TGI Dieppe) : JurisData n° 2018-003192

Monéger J., « Élans optimistes et printaniers », Loyers et copr. n° 4, avril 2018, repère 4

¹⁸⁷⁵ Chavance E., « Sur le lissage du déplafonnement et l'office du juge », Loyers et copr. n° 5, Mai 2018, comm. 123

791. Modalités de calculs confuses. – Le législateur fait référence, pour ces « *augmentations par paliers* », à 10 % du « *loyer acquitté au cours de l'année précédente* ». Il s'agirait donc de calculer le nouveau loyer en prenant le loyer précédent, et en lui ajoutant 10% de sa valeur. Mais un premier problème se pose quant au calcul puisque la loi n'indique pas ses modalités et, dès lors, les auteurs et praticiens n'ont pas tardé à montrer le casse-tête qu'il peut représenter. Il a, par exemple, pu être dégagé huit méthodes différentes de calcul du plafonnement¹⁸⁷⁶...

792. Que doit-on entendre par « *loyer acquitté* » ? – En principe, « loyer acquitté » devrait signifier « loyer effectivement payé », cela paraîtrait logique. Mais cela pourrait vouloir dire que, lorsqu'un locataire ne règlera pas complètement son loyer, disons à 80%, l'année du premier déplaçonnement celui-ci paiera un loyer augmenté de 10% de 80%. Ce serait une incitation à la mauvaise foi, selon les auteurs¹⁸⁷⁷.

En vérité, on comprend tout à fait que ce n'était pas la volonté du législateur, et que ce dernier aurait dû faire référence au loyer « *dû* » et non au loyer « *acquitté* ». Cela fait l'unanimité au sein de la doctrine : il s'agit d'une simple maladresse rédactionnelle. Pourtant, l'expression loyer « *acquitté* » a, déjà, été utilisée dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁸⁷⁸, et cela ne fait pas de doute : la Cour parlait de loyer « *dû* ».

793. Que doit-on comprendre par « *année précédente* » ? – Ce second terme d'« année précédente » interpelle. S'il ne fait aucun doute que l'on ne parle pas en termes d'année civile, mais bien de loyer, il est une autre question que l'on peut, néanmoins, se poser. En effet, lors du premier déplaçonnement plafonné, le calcul est simple, on prend les 10% du précédent loyer. En revanche, lors du suivant, doit-on prendre 10% du loyer de départ, c'est à dire le premier à partir duquel on a calculé le premier déplaçonnement, ou doit-on prendre à nouveau 10% du précédent loyer ?

La majorité des auteurs s'accordaient à dire qu'il fallait calculer selon la deuxième méthode, en prenant à chaque fois 10% d'un nouveau loyer. Cela paraissait plus juste, dans la mesure où, selon cette méthode, au bout de neuf ans, durée minimale d'un bail commercial, en pratique on

¹⁸⁷⁶ Dumur J.-P., « Loi Pinel et « plafonnement du déplaçonnement » : quadrature du cercle et casse-tête chinois ! » AJDI 2014, 405

¹⁸⁷⁷ Chavance E., « Le loyer après la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 15

¹⁸⁷⁸ Cass. 3e civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-13.962, Bull. civ. III, no 35

n'arrivera déjà quasiment jamais à la valeur locative fixée au départ¹⁸⁷⁹. Cela est surprenant puisque l'on pouvait considérer que le dispositif était censé retarder, seulement dans le temps, l'application réelle de la valeur locative. Selon les nouvelles dispositions du code de commerce, le déplaçonnement ne peut « *conduire à des augmentations* » fixées par celles-ci. Mais il n'est en aucun cas question de remettre en cause la valeur locative du bien.

Nous pouvons, dès lors, y voir une atteinte au droit de propriété. C'est notamment ce que pense Monsieur Monéger¹⁸⁸⁰. Une question prioritaire de constitutionnalité¹⁸⁸¹, sur le sujet, est selon lui à prévoir, sur le fondement de ce droit de propriété¹⁸⁸², ainsi que sur celui de proportionnalité puisque, en conséquence, va se poser la question de savoir si l'intérêt général nécessite de tels effets. Pour l'instant, aucune QPC n'a été produite, correctement, sur le sujet « *pour que soit crevé l'abcès du plafonnement du déplaçonnement du loyer* »¹⁸⁸³, mais il ne fait pas de doute que le dispositif est clairement déséquilibré, tant il porte atteinte au droit de propriété du bailleur. Le législateur ne semble pas croire au bail commercial en tant que contrat à dimension humaine ...

Monsieur Garbit considère, qu'au lieu de limiter l'augmentation à 10%, il aurait été plus juste de prévoir des paliers de trois ans, voire plus¹⁸⁸⁴. Il se réfère au bail d'habitation dont le lissage instauré par la loi du 6 juillet 1989¹⁸⁸⁵ a fait toutes ses preuves en matière d'efficacité. Il s'étale, selon les cas, sur trois, ou sur six ans. Si bien que, quoi qu'il arrive, la hausse de 10% de la valeur locative est intégrée au loyer final. Il aurait peut-être été judicieux de s'en inspirer.

De plus, toujours dans le cas où la valeur locative ne serait pas atteinte à la fin du bail, un autre problème est à prévoir avec le renouvellement suivant¹⁸⁸⁶. Effectivement, au moment de déterminer le loyer du nouveau bail, on s'interroge sur la nécessité de prendre en compte la valeur locative déterminée en début de bail ou, plutôt, le loyer exigible à la fin du bail à renouveler.

¹⁸⁷⁹ Compagnie des experts immobiliers près la cour d'appel de Paris, « Loi Pinel : impact sur la valeur du droit au bail du lissage du déplaçonnement », AJDI 2015 p. 420

¹⁸⁸⁰ Monéger J., « La double peine du plafonnement du déplaçonnement est maintenue par le Sénat » Loyers et copr. n° 5, Mai 2014, repère 5

¹⁸⁸¹ La question s'était déjà posée à propos du simple plafonnement : cf. Kenderian F., note sous Cass. 3e civ QPC 13 juillet 2011, RTD com 2012

¹⁸⁸² Monéger J., « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial » RTD com. 2014, p. 535 et s.

¹⁸⁸³ Monéger J., « Rien ne sert de courir, il faut partir à point : à propos d'une QPC enthousiaste », Loyers et copr. n° 12, 2016

¹⁸⁸⁴ Garbit P., « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux » (1ere et 2eme parties) Revue Lamy Droit des Affaires - RLDA 2014, p.97

¹⁸⁸⁵ Loi n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 17-2, I et II

¹⁸⁸⁶ Dumur J-P., « Le bétisier de la loi Pinel en 10 stations », AJDI 2014, p.821

La Cour de cassation, par le passé, a eu l'occasion, pour les baux à paliers, de préciser que, « *pour la fixation du prix du bail renouvelé, la variation indiciaire prévue par l'article L. 145-34 du code de commerce doit être appliquée au loyer initial acquitté par le preneur lors de la prise d'effet du bail renouvelé, nonobstant la fixation, dans le bail expiré, d'un loyer progressif par paliers* »¹⁸⁸⁷. Mais cela voudrait dire que, de manière incohérente, le montant du loyer renouvelé serait à la fois inférieur à la valeur locative et au dernier loyer acquitté ...

794. Date d'effet de la révision. – Précisons, quant à la date d'effet de la révision du loyer, que la loi précise à l'article L. 145-38 que « *la révision du loyer prend effet à compter de la demande en révision* »¹⁸⁸⁸. Aucune surprise, la révision du loyer n'a donc aucun caractère rétroactif. Toutefois, plusieurs auteurs ont remarqué que la formulation ressemblait fortement à celle de l'article R. 145-20 du code de commerce, alors en vigueur, qui disposait que « *le nouveau prix est dû à dater du jour de la demande à moins que les parties ne se soient mises d'accord avant ou pendant l'instance sur une date plus ancienne ou plus récente* »¹⁸⁸⁹.

Mais le décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 a, par la suite, modifié l'article R. 145-20, et le texte dispose, dorénavant, que « *le nouveau prix est dû à dater du jour de la demande* ». Cette disposition est, « *désormais, totalement redondante avec la même disposition de l'article L. 145-38, qui, de surcroît, est d'ordre public* »¹⁸⁹⁰.

795. Réaffirmation de la fixation à la valeur locative par la Cour de cassation. – Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 20 mai 2015, a pour la première fois semblé s'y opposer¹⁸⁹¹. Comme nous venons le montrer, avec de telles méthodes de calcul, il apparaît que le principe de la valeur locative est, définitivement, remis au second plan. Selon plusieurs auteurs, cette décision semble être un réel arrêt de doctrine, invitant le « *législateur à envisager une réécriture différente des textes* »¹⁸⁹², en supprimant les mots « *par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33* » des deux nouveaux articles concernant le plafonnement du déplaçonnement.

¹⁸⁸⁷ Y. Rouquet, note sous Cass. civ. 3e, 6 mars 2013, pourvoi n° 12-13.962, D. 2013. 703

¹⁸⁸⁸ C. com., Art. L. 145-38, al. 1, réd. L. 20 juin 2014, art. 12

¹⁸⁸⁹ Blatter J.-P., « Commentaire du projet de loi Pinel », AJDI 2014, p.118

¹⁸⁹⁰ Blatter J.-P., « Le décret n°2014-1317 du 3 novembre 2014 pris pour l'application de l'article L.145-40-2 du code de commerce et autres variétés », AJDI 2014, p. 751

¹⁸⁹¹ Planckeel F., note sous Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015, pourvoi n°13-27.367, FS P+B+R+I, Loyers et copr. 2015, étude 3

¹⁸⁹² Monéger J., « Baux commerciaux », JCP E n°28, 9 juillet 2015, 1350

Un nouvel arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 9 mars 2018, paraît réaffirmer le principe de fixation du loyer à la valeur locative. Comme le relève Monsieur Monéger, « *la Cour y indique, et l'on s'en réjouit, que la fixation du loyer se distingue de la régulation de la hausse annuelle plafonnée* », ce qui semble résoudre « *l'une des questions que se posait la pratique quant au loyer de référence pour le renouvellement suivant* »¹⁸⁹³. En effet, selon l'arrêt de la Cour de cassation, « *le plafonnement devrait se calculer sur la base du loyer initial, à savoir la valeur locative* », qu'elle soit, ou non, fixée judiciairement. La doctrine obtient donc la réponse à la question qui la taraudait le plus : le lissage doit être calculé par rapport au loyer initial. Le principe redeviendrait, en partie, celui de la valeur locative.

b- Les effets pervers du mécanisme

796. Première exclusion. – Ne sont pas concernées par le plafonnement, les augmentations des loyers commerciaux qui interviendraient dans les autres situations que celles évoquées précédemment¹⁸⁹⁴. De plus, en matière de déplafonnement du plafonnement, il y a désormais deux exceptions possibles : une exception légale et une exception conventionnelle.

797. Exception légale. – Le législateur a, en effet, exclu certaines situations du champ d'application du plafonnement. Celles-ci constituent donc des exceptions au nouveau dispositif. Il s'agit des baux portant sur des terrains nus¹⁸⁹⁵, des baux portant sur des locaux monovalents¹⁸⁹⁶, des baux des locaux loués à usage exclusif de bureaux¹⁸⁹⁷, et des baux dont la durée effective est supérieure à douze ans. Nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, il y a plusieurs régimes au sein de ce simple nouveau régime¹⁸⁹⁸. Dès lors, comme le pensent également certains auteurs, on assiste au « *renforcement des sous-statuts au sein des baux commerciaux* »¹⁸⁹⁹, et on peine à comprendre où se trouve la simplification. De plus, cela ne fait que réduire la portée de cette évolution puisqu'avec ces exceptions, les bailleurs seront assez armés pour arriver à échapper au plafonnement.

Néanmoins, ces exclusions ne manquent pas de cohérence. Tout d'abord, pour les baux prévus dès l'origine pour une durée supérieure à neuf ans qui ne connaissent effectivement pas la règle du plafonnement, l'exclusion paraît logique. On pouvait, toutefois, se demander si cette

¹⁸⁹³ Monéger J. « Éléments optimistes et printaniers », Loyers et copr. n° 4, Avril 2018, repère 4

¹⁸⁹⁴ Supra n° 789

¹⁸⁹⁵ C. com. Art. R. 145-9

¹⁸⁹⁶ C. com. Art. R. 145-10

¹⁸⁹⁷ C. com. Art. R. 145-11

¹⁸⁹⁸ Supra n° 790

¹⁸⁹⁹ Chavance E. et Regnault S. « Le champ d'application de la loi ou la diversification des sous-statuts » Loyers et copr. 2014, dossier 2.

exception vaudrait pour un bail de moins de douze ans, mais qui se prolongerait tacitement au-delà de douze années. La réponse a été apportée, très récemment, par un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris¹⁹⁰⁰ : il y a « *absence de lissage pour les loyers de renouvellement lorsque le bail commercial a perduré plus de 12 ans* »¹⁹⁰¹. Ce jugement « *permet de redire combien l'art législatif a été mis à mal, en juin 2014, lors de la réforme de certaines dispositions du statut des baux commerciaux* »¹⁹⁰² puisqu'à la base le législateur souhaitait appliquer le lissage à tous les baux. Nous devons attendre une décision de Cour de cassation pour être sûr que cette solution est la bonne.

Ensuite, il est également cohérent que les baux portant sur des locaux monovalents, et sur les bureaux, soient exclus puisque leur construction se fait, en général, à fort coût. Afin de ne pas freiner l'investissement, et d'encourager les projets de construction, l'exclusion s'imposait¹⁹⁰³.

798. Exception conventionnelle. – Ce ne seront pas les seules exceptions puisque les parties peuvent par la suite conventionnellement déroger au principe de plafonnement. En effet, comme les dispositions de l'article L. 145-34 du Code de commerce, et la règle du plafonnement, ne sont pas d'ordre public, les parties peuvent prévoir une exclusion, pure et simple, de celles-ci par la suite. L'organisation du plafonnement du déplafonnement conventionnelle est, ainsi, tout à fait possible. Et ce pourrait être, pour les bailleurs, encore plus intéressant, dès lors que seront rédigées des clauses prévoyant, par exemple, que « le loyer devra toujours correspondre à la valeur locative, avec détermination éventuelle par voie d'expert ... ».

Rappelons encore que le raisonnement ne vaut pas, en revanche, pour le plafonnement de l'article L.145-38, celui-ci étant d'ordre public.

De nombreux auteurs¹⁹⁰⁴ voient en ce nouveau dispositif, un effet pervers, qui sera contre-productif et entrainera un « *effet boomerang* » contre les locataires. En effet, le bailleur cherchera désormais systématiquement à recréer un équilibre lui étant favorable, en construisant un « *déséquilibre à l'envers* » c'est-à-dire, concrètement, à échapper au plafonnement du déplafonnement.

¹⁹⁰⁰ TGI Paris, Loyers commerciaux, 5 mai 2017, n° 14/10431

¹⁹⁰¹ Monéger J., « Baux commerciaux – Chronique », JCP E. n° 4, 25 Janvier 2018, 1041

¹⁹⁰² Monéger J., « De l'absence de lissage du loyer d'un bail commercial ayant duré par l'effet d'une tacite prolongation plus de douze ans », RTD Com. 2017, p.830

¹⁹⁰³ Chavance E., « Le loyer après la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 15

¹⁹⁰⁴ Confino A., « Le nouveau plafonnement des loyers commerciaux issu de la loi Pinel : un effet boomerang pour les locataires ? », EL, GI, 25 novembre 2014

Dumur J-P., « Le bétisier de la loi Pinel en 10 stations », AJDI 2014, p.821

Quand certains bailleurs pourront écarter les articles L. 145-34 et L.145-38, par l'un des cas évoqués précédemment, et quand d'autres écarteront conventionnellement l'article L.145-34, d'autres encore chercheront à amortir le « manque à gagner » que représentent l'un ou l'autre (ou les deux) des plafonnements par divers procédés, à savoir la « décapitalisation »¹⁹⁰⁵ et le loyer binaire¹⁹⁰⁶.

D'autres, agacés de devoir attendre si longtemps pour enfin bénéficier de la valeur locative, n'hésiteront pas à donner congé sans renouvellement, quitte à payer au locataire une indemnité d'éviction. D'ailleurs, cette indemnité sera déductible des revenus fonciers, et sera exonérée d'impôt, si elle permet au bailleur de louer à des conditions économiques plus avantageuses.

799. Un gel des loyers plus judicieux que le lissage des augmentations ? – « *Il est donc à craindre que les petits commerçants de centre-ville ne soient les premières victimes de ce nouveau dispositif* »¹⁹⁰⁷. Evidemment, les locataires avaient besoin que le législateur intervienne : la flambée du montant des loyers commerciaux était réelle. Mais certains auteurs ont regretté que le législateur n'ait pas eut, plus simplement, recours au « *simple gel temporaire* »¹⁹⁰⁸ des loyers. Cela permettait, tout aussi bien, aux commerçants de s'adapter, en profitant d'un « cessez le feu » des augmentations de loyers. En outre, c'eût également été le temps nécessaire pour que les nouvelles indexations légales, découlant de la création de l'ILC et de l'ILAT¹⁹⁰⁹, prennent effet.

Rappelons, au demeurant, que le déplafonnement du loyer est extrêmement difficile à obtenir. La preuve du caractère notable est parfois impossible à établir. Osons le dire, il est même rarissime qu'un bail de neuf ans soit déplafonné avant trois ou quatre renouvellements ! L'histoire semble montrer que le plafonnement n'a jamais assuré le moindre équilibre, en ce qui concerne le bail commercial. Dès lors, il eut été, au moins, plus stratégique de ne pas parler de « plafonnement du déplafonnement » car une telle appellation fait sourire...

800. Eviction conventionnelle du lissage et réforme du droit des contrats. – Enfin, comme le pense Monsieur Monéger, et cette fois-ci ce pourrait être favorable au locataire, l'éviction conventionnelle de l'article L. 145-34 du code de commerce posera sans doute un

¹⁹⁰⁵ Supra n° 95

¹⁹⁰⁶ Supra n° 73

¹⁹⁰⁷ Confino A., ibidem

¹⁹⁰⁸ Monéger J., ibidem

¹⁹⁰⁹ Supra n° 262 et s.

problème au vu de la réforme du droit des contrats de 2016. En effet, s'il « *est vrai que, dans la phase de dépression locative actuelle, un accord pourrait constater, d'une part un loyer plus faible que celui qui résulte du marché et d'une négociation normale et, d'autre part, une renonciation au plafonnement de l'article L. 145-34 pour les renouvellements à venir* », il sera en revanche « *bien délicat de prétendre que le principe de l'équilibre contractuel est respecté* »¹⁹¹⁰... Une nouvelle fois, il va falloir être très précis, très habile, dans la phase de négociation, et dans l'incorporation de sans explication dans le contenu du bail commercial, pour que le bailleur explique pourquoi le locataire a renoncé à son droit au lissage ? En effet, selon Madame Chavance, « *il y a fort à parier que le preneur n'y renoncera pas sans contrepartie* »¹⁹¹¹...

801. Les droits d'entrée, les baux investisseurs, les loyers binaires, et toutes les autres dérogations contractuelles, amenant aux baux déséquilibrés offrent, pour l'instant, plus de garanties dans l'adaptation du contrat aux parties. Une toute autre solution de révision, pour imprévision, s'offre aux parties. Celle-ci est consacrée par la réforme du droit des contrats.

B) La révision pour imprévision consacrée par la réforme du droit des contrats : mécanisme au secours de l'équilibre permanent du bail commercial ?

802. Le législateur crée, au sein du code civil, un nouveau mécanisme d'imprévision (1). Celui-ci pourrait avoir des effets sur la pratique des baux commerciaux (2).

1- Le nouveau mécanisme d'imprévision consacré par le code civil

803. Au vu du risque juridique que peut constituer la mise en œuvre éventuelle de ce nouveau mécanisme (a), les parties choisiront souvent d'y déroger (b). Encore faudra-t-il le faire de manière convenable.

a- La mise en œuvre de ce nouveau mécanisme

804. Un texte non retouché par la ratification de la réforme du droit des contrats. – Nous ne reviendrons pas sur les débats parlementaires ayant eu lieu à l'occasion de la ratification de l'ordonnance de 2016 réformant notre droit des contrats. Nous l'avons vu en première partie de thèse¹⁹¹², l'article relatif à l'imprévision, et à l'intervention du juge pour

¹⁹¹⁰ Monéger J., « Éléments optimistes et printaniers », Loyers et copr. n° 4, Avril 2018, repère 4

¹⁹¹¹ Chavance E., « Sur le lissage du déplafonnement et l'office du juge », Loyers et copr. n° 5, Mai 2018, comm.

123

¹⁹¹² Supra n° 188

adapter le contrat, n'a finalement pas du tout été modifié. Cet article, en vigueur et simplement écarté pour certaines opérations portant sur des titres financiers, reste donc le suivant :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

805. Négociation préalable. – Nous comprenons, à la lecture du texte, que lorsqu'une partie au contrat s'estimera en présence d'un « *changement de circonstances imprévisible* », qui lui serait insupportable, celle-ci pourra chercher à obtenir une révision de son contrat, mais cela ne se fera pas, comme cela est le cas pour certains mécanismes nouveaux du code civil, de manière unilatérale. De plus, il ne sera pas possible pour elle d'obtenir, directement, une adaptation judiciaire du contrat. En effet, cette partie sera dans l'obligation de proposer à son cocontractant une négociation préalable.

Ainsi, il y aura, tout d'abord, une phase amiable à respecter. Celle-ci a pour but d'inciter les parties à obtenir une révision, voire une résolution, du contrat de manière amiable. La négociation étant de mise pour ce qui est de la première phase d'exécution du premier mécanisme d'imprévision, concomitamment à celle-ci, le contrat continue de produire tous ses effets et les parties l'exécutent normalement. Ce n'est qu'en présence d'un échec, constaté, que les parties (ou qu'une partie unilatéralement) pourront solliciter l'intervention d'un juge, en vue d'adapter ou de résoudre le contrat. Pour certains auteurs, « *d'un point de vue pratique, on peut s'attendre à ce qu'un créancier refuse, officiellement du moins, la renégociation, une acceptation pouvant valoir reconnaissance de l'existence d'un cas d'imprévision ouvrant la voie à la révision ou l'anéantissement judiciaire du contrat* »¹⁹¹³. Il n'est pas certain, en conséquence, que les parties soient particulièrement tentées de se rapprocher amiablement...

806. Echec des négociations, et résolution judiciaire du contentieux. – En cas d'échec des négociations, « *dans un délai raisonnable* », s'ouvrira ensuite une vraie phase de résolution

¹⁹¹³ Prigent J., « L'imprévision et le bail commercial », RDL n°982, 20 décembre 2017

judiciaire du contentieux. Notons que rien n'est imposé quant à la poursuite du contrat pendant la phase modificative en cas d'échec des négociations. Il est, dès lors, fort à parier que la seconde phase contentieuse sera, systématiquement, synonyme de paralysie du contrat. De plus, « *il appartiendra aux tribunaux de préciser les critères du délai raisonnable à l'expiration duquel il deviendra possible à l'un ou l'autre des contractants (...) de saisir efficacement le juge* »¹⁹¹⁴ puisque rien n'est précisé en l'état.

807. Pouvoirs et décision du juge. – Le juge est saisi par une partie, justifiant d'une tentative d'adaptation amiable en vue soit, une nouvelle fois, d'adapter le contenu de la convention, soit de mettre fin à celle-ci. Notons que l'article 1195 du code civil ne prévoit aucune sanction, ou aucune possibilité de refus de trancher du juge si une telle justification n'était pas ramenée. De plus, rien ne nous dit, à ce jour, que le juge ne puisse pas contraindre les parties à partir en négociation si celle-ci n'avait pas été préalablement tentée.

La question qui préoccupe à ce jour le plus les rédacteurs de contrats est celle du pouvoir d'adaptation du juge. Si pour Monsieur Prigent, « *seul l'excès devrait a priori être corrigé, l'objectif de ce texte n'étant pas d'assurer l'équilibre contractuel* »¹⁹¹⁵, d'autres auteurs ne partagent pas du tout ce point de vue. Monsieur Monéger, par exemple, considère que la lettre de l'article 1195 du code civil « *pourrait être considérée comme s'inscrivant dans la vision privilégiée par la réforme de faire en sorte que l'équilibre contractuel soit pérenne* »¹⁹¹⁶. Ainsi, le juge serait même « *érigé en corédacteur du contrat* » ce qui signifierait qu'« *il lui est possible de réviser les clauses manifestement excessives ou dérisoires* »¹⁹¹⁷. Pour Monsieur Boffa, « *la latitude du juge, s'agissant de la teneur de la révision, semble des plus grandes, aucun standard, ni délai ne venant brider le juge pour apprécier les modalités de la révision* »¹⁹¹⁸.

En effet, le juge semble se voir octroyer la plus grande des libertés, ne serait-ce que pour juger de l'opportunité de procéder à une adaptation du contrat. Il « *peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». C'est une double faculté qui n'est assortie d'aucune restriction ou précision. Or, on peut se demander ce qu'il adviendra lorsqu'« *une partie n'aura saisi le juge que d'une demande de révision* »¹⁹¹⁹. Nous pourrions considérer que le juge est tout à fait en droit de réviser un contrat et, par conséquent,

¹⁹¹⁴ Boffa R., « La révision et la résiliation pour imprévision », *Loyers et copr.* n° 10, Octobre 2016, dossier 12

¹⁹¹⁵ Prigent J., *ibidem*

¹⁹¹⁶ Monéger J., « Le temps, l'imprévisible et le bail commercial », *Loyers et copr.* n° 3, Mars 2017, dossier 6

¹⁹¹⁷ Revet T., « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 234

¹⁹¹⁸ Boffa R., *ibidem*

¹⁹¹⁹ Boffa R., *ibidem*

indirectement d'ordonner que celui-ci continue de s'exécuter aux nouvelles conditions, lorsqu'une partie aura demandé sa résolution. A l'inverse, une partie demandant une simple adaptation du contrat pourrait se voir privée, définitivement, de son contrat si le juge décidait de résoudre celui-ci.

808. De nombreuses questions se posent et le texte a, encore à l'heure actuelle, besoin de règles précises d'application : la jurisprudence est encore à faire. Mais comment s'en plaindre lorsque l'on sait que, si l'ordonnance réformant le droit des contrats a deux ans, sa ratification vient seulement d'être réalisée ? Si cet article pourrait contraindre certains cocontractants à adapter leurs contrats, il est certain que ce sont ces derniers qui devront s'adapter à ce nouvel article.

b- L'exclusion de ce nouveau mécanisme par le contrat

809. Un article qui doit être évincé. – Les parties devront, désormais, s'adapter ou plutôt adapter leurs pratiques rédactionnelles. Selon nous, elles pourront, à n'en pas douter, aménager le régime légal de l'imprévision, cela fait d'ailleurs l'unanimité. Rappelons que l'article 1195 du code civil est un article que l'ordonnance a voulu supplétif. Pour Monsieur Mekki, « *non seulement l'article 1195 du code civil peut être évincé mais, surtout, il doit être aménagé. L'éviction conventionnelle de l'article 1195 du code civil est expressément prévue par le texte* »¹⁹²⁰.

Signalons à ce titre que, et cela a été confirmé par les travaux parlementaires au moment de la ratification de l'ordonnance de 2016, si cet article est supplétif c'est avant tout parce qu'il doit inciter les parties à s'entendre sur la rédaction du contrat, négocier celui-ci et éventuellement écarter l'article 1195. C'est là tout l'esprit de ce texte qui parle d'une « *partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». Pour Madame Auque, « *il faudrait déduire de la terminologie utilisée, du verbe « accepter », qui renvoie à la volonté, la validité de clauses aménageant, voire excluant la disposition* »¹⁹²¹.

810. Une éviction indispensable, présentant certains risques. – Le caractère supplétif semble ne faire aucun doute. Néanmoins, la tentation de l'aménagement contractuel pousse, maladroitement, certains cocontractants à écarter purement, voire brusquement, les nouveaux dispositifs de la réforme de 2016 tels que celui-ci. Ceux-ci redoutent, évidemment, l'immixtion

¹⁹²⁰ Mekki M., « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, Libres propos », JCP N n° 3, 20 Janvier 2017, 155

¹⁹²¹ Auque F., « Réforme du droit des contrats et baux commerciaux : premier bilan », AJDI 2017 p.410

du juge dans le contrat. De telles clauses se multiplient probablement déjà à l'heure actuelle, dans les baux commerciaux, et celles-ci sont pourtant à redouter. Rappelons que les nouveaux articles 1170 et 1171 du code civil, sanctionnant les clauses déséquilibrant le contrat, changent copieusement la donne : « *la stipulation d'un bail commercial qui exclurait l'imprévision au détriment d'une seule partie pourrait être considérée comme abusive* »¹⁹²². Cet avis semble partagé unanimement en doctrine, notamment par Monsieur Mekki qui appelle à la plus grande prudence dans l'aménagement contractuel des effets de l'article 1195, considérant que « *cette qualification (d'abusivité) est d'autant plus probable que la Commission d'examen des pratiques commerciales a considéré qu'une telle clause (d'éviction), sans nuances, pouvait être considérée comme abusive* »¹⁹²³. Toutefois, selon l'auteur, l'aménagement reste indispensable.

Celui-ci, en plus d'assurer aux parties prévisibilité, stabilité et sécurité juridique, en définissant par exemple ce qui relève de l'imprévisible, permet d'éviter la situation où l'une des deux parties, reniant le caractère imprévisible, cherchera à faire exécuter, ou résoudre, de force le contrat en usant, encore une fois, de ces nouvelles actions unilatérales offertes désormais aux créanciers¹⁹²⁴. D'autant plus, encore une fois, que stratégiquement parlant, ne le cachons pas, il sera toujours conseillé de refuser la négociation dans la mesure où celle-ci constitue une preuve de l'acceptation de l'imprévisible... Toute loi a ses effets pervers.

811. Propositions de clauses aménageant le régime de l'imprévision. – Il s'agirait de prévoir, clairement, dans le contrat une obligation de renégocier, ou de discuter, en cas de survenance, aux yeux même d'une seule partie, d'un événement susceptible de perturber de manière anormale le contrat. Monsieur Confino recommande, « *judicieusement, d'intégrer dans le bail de nouvelles clauses beaucoup plus précisément articulées qui confèreront à des tiers autres que le juge, dans le cadre d'un mandat commun, le soin de pallier d'éventuels déséquilibres pour des causes et dans des limites prédéfinies* »¹⁹²⁵. A ce titre, toutes les voies de résolution amiable de litiges, applicables aux baux commerciaux, étudiées en première partie de thèse¹⁹²⁶, sont donc à recommander.

Mustapha Mekki a déjà eu l'occasion de proposer des clauses qui, contrairement aux clauses d'évictions pures et simples, permettraient d'aménager le mécanisme de l'imprévision, en ne

¹⁹²² Auque, *ibidem*

¹⁹²³ Mekki M., *ibidem*

¹⁹²⁴ Supra n° 717 et s.

¹⁹²⁵ Confino A., « L'article 1195 nouveau du code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? », AJDI 2016 p.345

¹⁹²⁶ Supra n° 165 et s.

risquant pas de déséquilibrer anormalement le contrat. Nous avons choisi, pour l'aspect pratique qu'elles représentent, de les faire figurer ici. Ainsi, l'auteur propose tout d'abord de faire figurer pour évincer l'article 1195, la clause suivante :

« Conformément aux termes de l'article 1195 du Code civil, une partie peut accepter d'assumer le risque d'un contrat dont l'exécution serait devenue excessivement onéreuse en raison d'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion. En ce sens, les parties, la société A et la société B, ont décidé d'un commun accord d'évincer l'application de l'article 1195 du Code civil précisant le régime juridique de l'imprévision. La société A accepte, en conséquence, en cas d'imprévision telle que définie par l'article précité, d'en supporter toutes les conséquences économiques et financières »¹⁹²⁷.

Il recommande, néanmoins, toujours dans l'optique d'échapper aux règles des articles 1170 et 1171 du code civil, de mettre plus en avant les circonstances et les motivations des parties quant à l'éviction de l'article 1195. En guise de preuve de l'équilibre du contrat, celui-ci invite, par exemple, à faire figurer dans le contrat ce type de dispositions :

« Cette prise en charge de l'ensemble des risques par la société A a pour contrepartie (par exemple) : la mise en place de facilités de paiement au profit de la société A ; ... ».
« La société accepte de prendre en charge les risques liés à une évolution de la législation environnementale... ».

Enfin, pour ce qui de l'aménagement de la phase amiable, pourront être prévues au contrat les clauses suivantes :

« Dans l'hypothèse où l'un des contractants soulève un cas d'imprévision telle que définie par l'article 1195 du Code civil, les parties s'engagent à mettre en place une tentative préalable et obligatoire de conciliation (ou de médiation) quand bien même le principe de l'imprévision serait contesté par l'une des parties.
Cette conciliation (ou : médiation) se déroulera selon les modalités suivantes (...).
Cette conciliation (ou : médiation) suspend le délai de prescription. Toute saisine du juge en violation de cette clause de conciliation (ou : de médiation) est constitutive d'une fin de non-recevoir rendant l'action irrecevable »¹⁹²⁸.

¹⁹²⁷ Mekki M., *ibidem*

¹⁹²⁸ *Ibidem*

812. Renouvellement ultérieur de l'aménagement conventionnel de l'imprévision – La question de l'aménagement contractuel de l'application de l'article 1195 suscite une autre interrogation, à savoir celle des baux commerciaux renouvelés. En effet, rien ne permet avec certitude de savoir si l'éviction de l'article, ou l'aménagement de celui-ci, dans le bail initial, vaut « *pour les baux successifs issus du renouvellement* »¹⁹²⁹. Rappelons, à ce titre, que le principe est le suivant : le bail commercial se renouvelle automatiquement, en reprenant les dispositions du bail antérieur. Monsieur Monéger considère, cependant, que l'application de ce principe à la clause d'imprévision est inadéquate. Celle-ci ne prendrait pas assez en compte les effets du temps sur la relation contractuelle et serait « *en contradiction avec le principe de l'accès au processus de révision voulu par le législateur pour pallier les effets du temps sur l'onérosité de l'exécution du contrat* »¹⁹³⁰.

La jurisprudence devra se prononcer mais rappelons, à titre d'exemple, que celle-ci considère que les clauses aménageant les variations de loyer, telles que les clauses de loyer binaire, sont automatiquement reconduites¹⁹³¹. Cette solution s'inscrirait « *dans la vision privilégiée par la réforme de faire en sorte que l'équilibre contractuel soit pérenne. La renonciation à une prérogative légale ouverte aux deux parties ne devrait pas survivre au contrat qui la contenait* »¹⁹³².

2- Les effets de ce mécanisme sur les baux commerciaux

813. Pour connaître les effets futurs de l'imprévision sur les baux commerciaux, encore faut-il procéder à l'analyse de la compatibilité de ce mécanisme avec le statut des baux commerciaux **(a)** avant d'identifier les critères de l'imprévisible **(b)** et déterminer, par la suite, dans quelles situations celui-ci pourra être démontré **(c)**.

a- Compatibilité du mécanisme avec le statut des baux commerciaux

814. Exclusion du mécanisme en présence des règles fondamentales d'évolution du bail prévues par le statut ? – Il « *existe déjà dans les baux des clauses qui anticipent l'évolution de l'environnement économique* »¹⁹³³, que ce soit par les mécanismes de révision légaux du loyer, ou par les clauses recettes ou d'échelle mobile. Mais, à l'heure actuelle, en jurisprudence, les juridictions refusent toujours d'accepter les demandes de parties à un bail

¹⁹²⁹ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016 p.427

¹⁹³⁰ Monéger J, ibidem

¹⁹³¹ Collectif d'auteurs, « Droit et pratique des baux commerciaux 2015-2016 » E.D., n° 359 *in fine*

¹⁹³² Monéger J. « Le temps, l'imprévisible et le bail commercial », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 6

¹⁹³³ Prigent J., ibidem

commercial, fondées uniquement sur des changements imprévisibles. Dans un arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris¹⁹³⁴, par exemple, lorsqu'il fut question d'un changement législatif et fiscal, il était à n'en pas douter bien question d'imprévision. Mais, alors que les parties prévoyaient qu'en cas de nouveaux impôts incombant au bailleur il y aurait modification automatique du loyer, la clause fut jugée contraire à l'article L. 145-38 régissant la révision du loyer commercial.

Dans un autre cas de figure, Madame Chastagnier relevait, récemment, un arrêt de cour d'appel¹⁹³⁵ dans lequel « *le bail commercial prévoyait une indexation du loyer tous les trois ans en fonction de la variation de l'indice du coût de la construction (ICC)* » et dans lequel « *pour le preneur, l'augmentation de l'ICC de manière imprévisible et démesurée, entre la prise d'effet du bail et la date d'échéance de la première révision triennale, constituait un bouleversement de l'économie du contrat qui devait permettre l'application de la théorie de l'imprévision* »¹⁹³⁶. La cour d'appel refusa de donner force juridique à cette clause. Notons, cependant, que le nouvel article 1195 du code civil n'était à l'époque pas encore entré en vigueur, et que la solution ne serait peut-être plus là même désormais.

Mais selon nous, rien n'est moins sûr. Le statut prévoyant, déjà en son sein, de nombreux mécanismes tels que la révision triennale, le plafonnement, ou le lissage du déplafonnement, il n'est pas permis d'affirmer qu'un contrat de bail commercial doit, en plus, se voir appliquer l'article 1195 du code civil. Rappelons que, jusqu'à présent, en matière d'évolution du loyer notamment, les pouvoirs du juge étant particulièrement encadrés, voir restreints. S'il n'y avait pas de modification des facteurs locaux de commercialité, le loyer était inexorablement plafonné, en application du système d'indexation prévu par la loi ou conventionnellement prévu par les parties. Aucun pouvoir d'adaptation n'était donc offert au juge, en l'absence d'une modification notable, difficilement prouvable, d'une variation de la valeur locative de 10%, ou d'une variation importante du loyer en présence d'une clause d'échelle mobile.

Par conséquent, « *il parait très difficile d'imaginer que le juge puisse, par exemple, déplafonner la révision en se fondant sur les dispositions du nouvel article 1195 du code civil* »¹⁹³⁷. Cette réflexion suivrait, d'ailleurs, la règle selon laquelle les règles générales sont exclues lorsque des règles spéciales sont déjà prévues. Mais cela nécessite deux choses, à savoir « *l'idée d'une*

¹⁹³⁴ TGI Paris 18^e chambre, 20 avril 2017 n° 14/17646

¹⁹³⁵ CA Aix-en-Provence, ch. 11, sect. A, 21 juin 2016, n 15/10056

¹⁹³⁶ Chastagnier S., « Indexation conventionnelle et rejet de l'imprévision », GP n°40, 15 nov. 2016, p.76

¹⁹³⁷ Ibidem

abrogation implicite de la règle générale par la règle spéciale », d'une part, « *et l'idée que la règle spéciale est plus adaptée à la situation, puisqu'elle a été spécialement érigée pour elle* »¹⁹³⁸, d'autre part.

815. Mécanisme, logiquement, compatible avec le statut. – Néanmoins, pour ce qui est du bail commercial, il paraît difficile d'appliquer raisonnablement le principe du « spécial qui déroge au général » lorsque l'on sait que la réforme du droit des contrats est entrée en vigueur en 2016 et que le statut des baux commerciaux a été inséré en 1953 dans le code de commerce. Nous comprenons en effet que, dans ce cas, le spécial ne peut pas déroger au général, cela est chronologiquement impossible. De plus, pour ce qui est de l'esprit de ces deux textes, sont-ils réellement en opposition ? La révision triennale a été créée pour mettre un frein à l'intangibilité du bail face à l'évolution de notre économie. Nous ne voyons, en définitive, aucune incompatibilité.

Suivant ce raisonnement, Monsieur Boffa en arrive, finalement, à considérer que « *le véritable critère de l'éviction de la règle générale se situera dans l'incompatibilité de la finalité des règles et qu'elles ne sont pas incompatibles, puisqu'elles obéissent à des critères différents* »¹⁹³⁹. En effet, les objectifs ne sont d'ailleurs tout simplement pas les mêmes. La révision légale du loyer se contente de mettre en concordance valeur du loyer et valeur du marché, d'où le système simple d'indexation. Or, l'article 1195 se veut capable de protéger les parties, face à une situation d'imprévue d'une telle importance qu'elle en affecte le contrat, de manière dangereuse. Par conséquent, l'article 1195 ne se contente pas de faire coïncider des valeurs mais cherche véritablement à régler une situation de déséquilibre économique apparue de manière brusque et violente. Celui-ci se rapproche, dès lors, plus du lissage des augmentations de loyers de Pinel que du système d'encadrement des loyers historique.

Pour Monsieur Monéger, si la portée de l'article 1195 pour les baux commerciaux devait vraiment être relativisée, ce ne peut être en application de la réflexion sur les dispositifs légaux et spéciaux du statut. L'auteur rappelle que ce qui règle la question de l'imprévisible, à l'heure actuelle dans les baux commerciaux, ce n'est pas la loi mais les adaptations conventionnelles effectuées par les seuls bailleurs et preneurs. C'est-à-dire, concrètement, tout ce que nous avons pu croiser jusqu'à présent dans le développement de la thèse, à savoir les clauses encadrant l'évolution du loyer, les clauses restreignant ou autorisant le changement de destination

¹⁹³⁸ Ibidem

¹⁹³⁹ Ibidem

(d'activité exercée), les clauses de « hardship », les clauses réduisant la durée du bail, ou les clauses transférant telle ou telle charge à telle ou telle partie, etc. ...

Et pourtant, selon Monsieur Monéger toujours, la lettre de l'article 1105 « *ne signifie pas qu'il ne puisse être invoqué dans les interstices des normes statutaires* »¹⁹⁴⁰. D'autres auteurs considèrent que « *le fait que le statut des baux commerciaux institue des mécanismes de révision légale des loyers ne devrait pas permettre la mise à l'écart, dans leur intégralité, des règles relatives à l'imprévision* ». Celles-ci seraient donc tout à fait applicables aux baux commerciaux.

b- Les critères définissant l'imprévisible au regard de l'article 1195

816. A la lecture de l'article 1195, selon lequel « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* », on comprend que le texte pose trois conditions pour que le texte puisse s'appliquer à un événement imprévisible.

817. Un changement de circonstances. – Tout d'abord, le texte évoque « *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* ». Le texte semble viser tout type de changement, tels qu'un « *changement de circonstances juridiques, diplomatiques, militaires* »¹⁹⁴¹. Monsieur Monéger considère qu'il faut « *donc se placer au moment de l'accord des volontés pour apprécier l'état des circonstances dont le changement était alors imprévisible pour la période d'exécution du contrat, puis lors des difficultés nées de sa survenance* »¹⁹⁴². Cela conduira le juge à apprécier objectivement, raisonnablement, et au cas par cas, ce changement de « circonstances ». Pour Monsieur Confinio, le législateur a voulu volontairement que le terme soit large, voire ambiguë, de manière à ce que le juge puisse, en effet, se prononcer sur tout type de changement, aussi bien « *macroéconomique* », « *microéconomique* », « *social* », « *matériel* » que « *législatif* ». Mais l'auteur souligne que « *le texte n'introduit aucune condition de soudaineté* » ce qui conduit à penser que ce changement de circonstances peut survenir à petit feu¹⁹⁴³.

¹⁹⁴⁰ Monéger J., « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux », RTD Com. 2016 p.427

¹⁹⁴¹ Boffa R., *ibidem*

¹⁹⁴² Monéger J., *ibidem*

¹⁹⁴³ Confinio A., *ibidem*

818. Une exécution rendue excessivement onéreuse. – Le texte pose, ensuite, la condition d'une « *exécution du contrat rendue excessivement onéreuse pour une parti* ». Nous comprenons aisément que, dans ce contexte, les parties ne sont pas en présence d'un contrat inexécutable. Celui-ci, au moment auquel l'analyse se place, continue d'être exécuté par les parties mais, pour l'une d'entre elles, cette exécution se fait à perte¹⁹⁴⁴. Ce que nous relevons, tout particulièrement, c'est l'insertion par le législateur du terme « *excessivement* ». Il s'agit, ici, du premier nouveau « *standard juridique* »¹⁹⁴⁵ propre à l'article 1195 du code civil. Celui-ci conduit, une nouvelle-fois, le juge à adopter une analyse objective, « *abstraction faite de la puissance économique ou financière du locataire ou du bailleur* »¹⁹⁴⁶, par exemple. Une telle appréciation garantirait le respect de l'équilibre du contrat. Il est donc à espérer que celle-ci sera bien celle du juge.

Certains auteurs, moins affirmatifs, en attendant une jurisprudence clairement établie, considèrent possible que les juges s'inspirent « *de la jurisprudence du Conseil d'État qui fixe à un minimum compris selon les cas entre 5 et 10 % le seuil qui autorise le cocontractant de l'administration à se faire indemniser de ses pertes en cas de bouleversement de l'équilibre du contrat par suite de sujétions imprévues* »¹⁹⁴⁷. Cette marge peut constituer un premier indicateur.

819. Une absence d'acceptation du risque. – En guise de dernière condition, le législateur impose qu'une « *une absence d'acceptation du risque* » soit constatée. Celle-ci pose, à nouveau, la question de la compatibilité entre l'article 1195 et une clause conventionnelle aménageant le régime de l'imprévision, d'une part, mais également avec toute autre évolution dans le contrat, d'autre part. S'agissant des baux commerciaux, le texte amène à s'interroger sur la baisse, ou l'augmentation fulgurante du loyer, lorsque les parties auront minutieusement aménager l'indexation de celui-ci. Un tel aménagement pourrait être regardé comme acceptation du risque, à la conclusion du bail commercial. Cette condition paraît légèrement contradictoire avec la notion même d'imprévision, la jurisprudence devra donc clairement définir ce qui relève de l'acceptation du risque.

¹⁹⁴⁴ Mekki M. « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, Libres propos », JCP N n° 3, 20 Janvier 2017, 155

¹⁹⁴⁵ cf supra n° 178

¹⁹⁴⁶ Monéger, ibidem

¹⁹⁴⁷ Confino A., ibidem

c- Les différentes situations d'imprévision envisageables en matière de bail commercial

820. Une multitude de situations envisageables. – Monsieur Prigent, à lui seul, a par exemple envisagé « *l'apparition des plateformes communautaires payantes de location et de réservation de logements dans les grandes villes*¹⁹⁴⁸ pour les hôteliers, la désertification d'un centre commercial¹⁹⁴⁹ ; une taxation importante des loyers¹⁹⁵⁰ , un revirement de jurisprudence (tel que) l'impossibilité, pour un bailleur, à la suite de l'arrêt *Théâtre Saint-Georges*¹⁹⁵¹, d'obtenir la fixation du loyer à la valeur locative alors qu'il doit supporter des charges importantes¹⁹⁵², l'intervention du législateur (telle que) le lissage du plafonnement en application de la loi dite Pinel »¹⁹⁵³. Les situations pourraient donc être très nombreuses. Néanmoins, toutes ne sont pas nécessairement crédibles. La doctrine a déjà eu l'occasion d'en dégager plusieurs, propres aux baux commerciaux, qui semblent pouvoir se voir, de manière crédible, appliquer l'article 1195 du code civil.

821. Changement de circonstances d'ordre microéconomique. – Le premier cas de figure « crédible », selon les commentaires, reste « *la perte de marchés à raison de l'arrivée de concurrents offrant des prix ou des conditions de vente plus attractifs* », ou « *la concentration d'entreprises avec des obligations de céder ou de mettre fin à des activités exercées dans des lieux loués* ». Nous comprenons, assez facilement, que la perte d'une activité, plus que celle d'un pourcentage de chiffre d'affaires, pourrait être suffisante à montrer un changement de circonstance. Dans l'aspect microéconomique on retrouve l'idée que, ce ne sont pas précisément les conditions initialement prévues dans le bail commercial qui sont excessives, mais bien leur maintien alors que le contexte a profondément changé, entre la conclusion du contrat et la demande du locataire qui ne peut plus les supporter. Il n'est, à l'heure actuelle, pas possible d'affirmer quelles situations seront reconnues comme répondant aux conditions de l'article 1195 du code civil. Toutefois, outre la perte de marché et la reprise d'une d'activité par le bailleur, pourraient être envisagés encore l'ouverture d'une multitude de commerces concurrents à proximité, ou le bouleversement économique et social du milieu dans lequel évolue le locataire.

¹⁹⁴⁸ L'auteur pense à la prolifération des logements AIRBNB

¹⁹⁴⁹ Auque F., « Retour du juge par la loi ? L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil », AJDI 2016, p. 184.

¹⁹⁵⁰ Boffa R., *ibidem*

¹⁹⁵¹ Cass. civ. 3e, 10 mars 1993, pourvoi n° 91-13.418, Bull. 1993 III N° 30 p. 19

¹⁹⁵² Auque F., *ibidem*

¹⁹⁵³ Prigent P., *ibidem*

822. Circonstances macroéconomiques. – Au titre des circonstances macroéconomiques, Monsieur Confino¹⁹⁵⁴ a pu évoquer le cas de l'évolution « *brusque* » du loyer par application d'une clause d'indexation, lorsque les conditions posées par le statut ne sont pas réunies pour justifier la révision de son montant. Deux problèmes se posent pour l'auteur. Premièrement, l'article L. 145-39 du code de commerce, encadrant normalement ce type d'évolution de loyer, est d'ordre public. Deuxièmement, il est permis de se demander pourquoi un pourcentage de variation inférieur à 25% (le quart), insuffisant pour le code de commerce, serait suffisant pour l'article 1195 du code civil. Cela ne prive pas l'auteur de considérer que l'article du code civil pourra, tout de même, bel et bien s'appliquer dans pareille situation. Il estime cohérent d'envisager deux actions différentes possibles, à savoir une « révision ordinaire », celle du code de commerce, et une « révision extraordinaire », celle du code civil. Cette deuxième action pourrait n'être acceptée que lorsque le juge pourra constater que les conditions de la première action ne sont pas réunies et que, celles de la seconde, sont strictement respectées.

*« Cette fonction de bouée de sauvetage » de l'article 1195 aurait, a fortiori, sa place en présence d'un bail excluant toute application des règles de la révision statutaire »*¹⁹⁵⁵. Ce serait, notamment, le cas du loyer binaire qui exclut le contrôle judiciaire et qui impose le paiement d'une base fixe qui ne cesse d'augmenter, alors même que le chiffre d'affaires du locataire, lui, ne cesse de diminuer au cours d'exécution du bail commercial. Pourquoi refuser la « bouée de sauvetage » au locataire alors que celui-ci va irrémédiablement dans le mur, sous le dictat de son bailleur ?

Si un tel cas de figure paraît tout à fait répondre aux conditions de l'article 1195 du code civil, au vu de la nécessité de « *l'excessivement onéreux* », il nous semble peu probable qu'une évolution du loyer, en défaveur du bailleur, puisse être acceptée. Non pas que le texte se veuille plus protecteur de la partie faible au contrat, loin de là mais, à bien y réfléchir, il n'apparaît pas possible de considérer qu'une baisse de loyer puisse être « onéreuse » pour le bailleur : il y a un problème de terme. Celui employé par l'article 1195 ne colle pas, strictement, avec la baisse de loyer. Toutefois, si le juge ne s'y tient pas, nous pouvons évidemment également considérer que la baisse du loyer puisse rendre les charges affectées au bailleur excessivement onéreuses. Mais cela amènerait à adopter, à nouveau, une appréciation subjective en fonction de la situation économique des parties, or c'est précisément la fonction de l'article L. 145-39 du code de commerce.

¹⁹⁵⁴ Confino A., *ibidem*

¹⁹⁵⁵ *Ibidem*

En attendant les précisions jurisprudentielles futures, une autre question se pose dans la mesure où le juge, plutôt que réviser le bail commercial, pourrait mettre fin à celui-ci. Cette hypothèse ne nous apparaît pas cohérente. Le texte, encore une fois, n'a pas vocation à favoriser l'une des parties au contrat. Pourtant, si la révision du bail commercial permet de rétablir l'équilibre de celui-ci, notamment lorsque le locataire invoquera une trop forte augmentation de loyer, une résiliation anticipée pourra avoir des conséquences désastreuses pour le bailleur. C'est là, selon nous, que réside peut-être le principal défaut du texte : rien n'est prévu, que ce soit dans les conditions, ou par des standards juridiques, pour que l'action du demandeur, et l'action du juge en résultant, ne puisse pas porter abusivement atteinte aux intérêts de l'autre cocontractant. Il eut été, peut-être, judicieux de prévoir une contrepartie financière dans un tel cas de figure. Le bailleur, finalement évincé, aurait ainsi pu se voir octroyer une indemnisation des loyers qu'il aurait normalement dû recevoir, par exemple jusqu'à la fin de la période triennale en cours. L'économie du bailleur peut également être gravement bousculée, il est à espérer que le juge en ait conscience dans ses futures décisions.

823. Changement d'ordre matériel. – Pour ce qui est, ensuite, d'un imprévu d'ordre matériel, nous pensons spontanément aux travaux. Rappelons que le bailleur, plus que jamais suite à l'entrée en vigueur de la loi Pinel, est obligé d'effectuer toute réparation correspondant à l'article 606 du code civil, c'est-à-dire aux grosses réparations. Ces réparations, lorsqu'elles doivent être effectuées, ne le sont rarement parce que cela était planifié par le bailleur. En principe, le local a d'ailleurs initialement été délivré en parfait état. Dès lors, s'il y a urgence de procéder à une réparation, en cours d'exécution du bail commercial, c'est bien que nous sommes dans une situation d'imprévisible. Les auteurs envisagent à ce titre, « *un évènement inattendu affectant la structure de l'immeuble, tel qu'un vice de construction ignoré ou un sinistre non couvert par les polices d'assurance souscrites, dont le bailleur se trouve dans l'incapacité de financer la réparation* »¹⁹⁵⁶. Rappelons que l'article 1722 du code civil autorise, déjà, le bailleur à résilier le contrat « *lorsque la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit* ». Nous nous plaçons, ainsi, dans l'hypothèse où le montant des travaux ne dépasserait pas la valeur du local en lui-même. Il est nécessaire, par conséquent, d'imaginer quels pourraient-être les effets de l'article 1195 du code civil, dans un tel cas de figure.

Résilier le contrat, ce serait autoriser le bailleur, propriétaire des lieux, à ne pas remplir son obligation de délivrance et à priver, brusquement, et de manière imprévisible, le locataire de sa propriété commerciale. Il apparaît difficile d'envisager, rationnellement, la résiliation tant celle-

¹⁹⁵⁶ Confino A., *ibidem*

ci, à nouveau, ne semble pas permettre de résoudre équitablement le problème, sauf à octroyer à l'autre partie, c'est-à-dire au locataire, une indemnité. D'ailleurs, puisque l'on voit déjà le bailleur verser une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement du bail, une telle solution paraîtrait acceptable.

L'autre possibilité, pour le juge, serait de réviser le bail commercial. Cela permettrait d'envisager d'autres solutions. La première, consisterait à demander aux deux parties d'assumer conjointement le financement des travaux, ce qui ne nous apparaîtrait pas crédible. Ce serait déroger de manière trop importante aux règles et à l'esprit du statut.

La solution, la plus juste selon nous, serait tout simplement de demander au locataire de prendre en charge ces travaux, en réduisant le loyer annuel de la somme que celui-ci s'apprête à dépenser. Une fois ceux-ci accomplis, et une fois ceux-ci totalement amortis par la diminution du loyer, le loyer initial serait automatiquement dû de droit, et les parties exécuteraient, à nouveau, le contrat de bail commercial initial qui, ainsi, n'aurait pas été déséquilibré par la survenance de cet événement. Mais, une fois cette solution dégagée, on s'interroge sur la pertinence d'avoir utilisé l'article 1195 du code civil. En effet, il aurait finalement été plus simple, et surtout mieux fondé, que locataire exige une réduction du loyer, « *proportionnellement au prix* », en application de l'article 1123 du code civil, tel que nous l'envisagions en première partie de thèse¹⁹⁵⁷. C'est une certitude.

824. Changement légal ou fiscal. – Il s'agit, enfin, de s'interroger sur les changements légaux, c'est-à-dire, « *par exemple, si demain une loi propose de taxer à 80 % les loyers commerciaux* »¹⁹⁵⁸, ou si « *les pouvoirs publics décident d'une brusque augmentation des obligations de travaux pesant sur une partie au contrat* »¹⁹⁵⁹. Il s'agit, pour l'illustrer, du cas de figure déjà évoqué¹⁹⁶⁰ où le preneur invoquerait une brusque augmentation de sa taxe foncière. Ce cas de figure est, jusqu'à présent, rejeté en jurisprudence. Pourtant, bien curieusement, la révision pour modification législative semble être l'hypothèse d'imprévision suscitant le moins de débat en doctrine. Pour la plus grande majorité des auteurs, « *l'imprévision pourra être caractérisée* »¹⁹⁶¹ dans un tel cas de figure. Reste alors à se poser la question de ce que pourrait donner l'application de l'article 1195 à celui-ci.

¹⁹⁵⁷ Supra n° 283

¹⁹⁵⁸ Boffa R., *ibidem*

¹⁹⁵⁹ Confino A., *ibidem*

¹⁹⁶⁰ Supra n° 757 et s.

¹⁹⁶¹ Boffa, *ibidem*

D'une part, la résiliation du bail pose ici les mêmes problèmes que dans les cas de figures envisagés précédemment. On se demande, à nouveau, qui du bailleur ou du preneur devra une indemnité à l'autre, l'indemnisation posant toujours plus de problème du côté bailleur, puisque rembourser la perte d'un commerce n'est assurément pas la même chose que de rembourser plusieurs loyers.

D'autre part, pour ce qui est de la révision du bail, surgit une autre interrogation, s'agissant de la condition de l'absence d'acceptation des risques. En effet, figurent dans de nombreux baux commerciaux, la clause généralement insérée en faveur du bailleur selon laquelle le locataire continue de supporter une charge, ou une taxe, en dépit de tout changement extérieur ayant pour effet d'augmenter celle-ci dans le futur. Figure également, la plupart du temps, lorsque le bailleur cherche à transférer le maximum de taxes et impôts à son locataire, la clause selon laquelle ce dernier accepte de s'acquitter, personnellement, des impôts liés directement à l'activité, ou à l'immeuble dans lequel l'activité est exploitée. Selon nous, dans pareilles situations, l'acceptation des risques est assurément présente. En s'en tenant, rigoureusement, à l'article 1195, il y a expressément dans le bail commercial l'acceptation du risque, et ce jusqu'à la fin du contrat. Un preneur sollicitant, tout de même, l'adaptation du bail commercial ne pourra espérer qu'une et unique chose : que le bailleur accepte de négocier, ce qui laisserait penser qu'il considère, lui aussi, qu'il y a imprévision et ce qui pourrait pousser le juge à accepter d'appliquer l'article 1195. Dans le cas contraire, nous considérons que le juge devra refuser de réviser ou résilier le bail commercial.

825. Réflexion conclusive sur l'imprévision. — Nous sommes contraintes d'admettre que les réponses apportées ne sont, pour le moment, pas gage de certitude. Le texte, celui de l'article 1195, ne fournissant ni aux parties, ni au juge, la moindre certitude, nous conseillerons aux parties d'aménager leur contrat, en prenant garde au déséquilibre pouvant résulter de cet aménagement. Il apparaît également judicieux de privilégier au sein du contrat une solution amiable et de se tourner, de manière unilatérale dans le pire des cas, vers la nouvelle panoplie d'actions offertes au créancier, tels que l'exception d'inexécution, la réduction du prix ou l'exécution forcée, qui offriront, peut-être, plus de certitudes.

Enfin, en cas de blocage absolue, et d'impossibilité de maintenir l'équilibre permanent du bail commercial, les parties seront dans l'obligation d'envisager la possibilité de mettre fin au contrat.

SECTION 2 - LA POSSIBILITE DE METTRE FIN AU CONTRAT, EN CAS D'IMPASSE ECONOMIQUE, JURIDIQUE, OU HUMAINE

826. Le locataire aura rencontré plus d'une difficulté sur sa route. Plus qu'il n'eut cru, probablement, en signant son contrat de bail commercial. Monsieur Monéger rappelait, encore récemment, que les sources potentielles de difficultés sont nombreuses, et que même « *le succès peut être source de difficultés, notamment de financement* »¹⁹⁶². Si le bail commercial institue, par définition, une vraie relation entre le bailleur et le locataire, sur une très longue durée parfois, cela ne permet pas, à la signature du contrat, de définir une durée précise et certaine. La durée finale, ou prévisible, du bail commercial n'existe pas : elle n'est qu'indétermination. Par de nombreux mécanismes, en application de nombreux droits, et par suite d'effets juridiques divers, le bail commercial peut être rompu à tout moment. Ainsi, la durée, a priori longue, de cette relation doit être particulièrement relativisée. Le bail commercial doit, au minimum, être conclu pour une durée de neuf années, certes, mais le locataire peut encore résilier son contrat tous les trois ans. Dès lors, que soit trois ans, ou même neuf ans, cette relation pourra également être courte.

Madame Auque disait, à ce titre, que « *bien qu'originellement destiné à rendre pérennes les relations nées d'un bail commercial, le statut des baux commerciaux n'a jamais, définitivement ni de manière absolue, enfermé le locataire dans la convention* »¹⁹⁶³ puisqu'il n'a de cesse de lui offrir des voies de sortie. La multiplication des contentieux formés suite au départ du locataire, qu'il soit justifié ou non, montre bien la grande différence entre notre époque et celle de 1953 : il y a près de soixante-dix ans, les bailleurs évinçaient quasi systématiquement, par une pratique courante, leur preneur en fin ou en cours de contrat pour s'approprier le commerce durement développé par ce dernier. Aussi, cela justifiait l'intervention du législateur pour offrir au locataire une protection, face au risque d'éviction. Pourtant, aujourd'hui, on constate que c'est, désormais, le bailleur qui rêve d'une relation à long terme et emprunte de stabilité. En effet, cela constitue la seule façon, pour lui, de s'assurer du paiement d'un loyer sur le plus long terme. Nous constatons, d'ailleurs, que « *les congés délivrés par le locataire sont fréquemment contestés, les résiliations amiables rarement acceptées, sauf importante indemnité à la charge du preneur* »¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶² Monéger J., « La déspecialisation et les difficultés économiques du locataire », AJDI 2018, p.268

¹⁹⁶³ Auque F., « Le départ anticipé du preneur à bail commercial », RDI 1997, p.39

¹⁹⁶⁴ Ibidem

827. Contexte favorable au locataire. – Le marché de l’immobilier commercial montrait, en fin du siècle dernier, une offre devenue supérieure à la demande. Se développèrent, ainsi, bureaux et centres commerciaux. Par la suite, la crise économique ayant fait son effet, on assista, à nouveau dans les années 2000, à une nouvelle pénurie des locaux commerciaux. S’ajoute à cela la stratégie commerciale développée par les plus grandes enseignes qui, face à la demande nouvelle des consommateurs, dut évoluer, ce qui conduit les grandes surfaces à se replier vers les centres-villes. Aujourd’hui, les choses semblent changer puisque Monsieur Guinebault constate « *une légère reprise que l’année 2018 devrait confirmer, selon la fédération du commerce spécialisé Procos* »¹⁹⁶⁵. Nous constatons, en conséquence, une progression de 8% d’offre de locaux commerciaux sur l’année 2017¹⁹⁶⁶.

828. Maintenir le contrat ou faciliter la sortie du cocontractant ? – Tous ces changements économiques ont eu, au cours de ces dernières années, une influence significative sur le droit des baux commerciaux. Celui-ci se trouve, désormais, tordu par un dilemme cornélien : le statut doit-il choisir de privilégier la force obligatoire du contrat, quitte étrangement à se rigidifier, ou envisager la possibilité de faire évoluer le contrat face aux situations d’imprévision ? Le statut a, depuis quelques décennies, pris le parti de protéger le locataire face à la survenance de l’imprévu. Celui-ci peut, par exemple, donner congé immédiatement en cas de départ à la retraite, ou obtenir la résiliation du bail en cas de liquidation judiciaire. Ces « voies de sortie » sont vouées à se multiplier dans les années à venir, tant l’immuabilité du bail commercial semble remise en cause et tant le législateur paraît, désormais, plus enclin à prendre en compte les nécessités économiques de son époque.

Le mouvement est déjà en marche, avec l’entrée en vigueur du nouveau droit commun. Celui-ci, par ses références à la bonne foi ou à la volonté initiale des cocontractants, ou encore au caractère brutal de certaines pratiques, semblait d’ailleurs déjà influencer le juge, antérieurement à la réforme du droit des contrats, lorsqu’il était question de trancher un litige relatif à la résiliation du bail commercial. Pourtant, jusqu’à présent, le droit commun ne faisait figure que de « roue de secours » pour le juge qui, en application d’une jurisprudence rigoureusement établie, considérait qu’il n’était pas de son devoir d’affranchir le locataire de son assujettissement au statut.

¹⁹⁶⁵ Guinebault M., « Le marché de l’immobilier commercial reprend des couleurs », Fashion network, p.22
¹⁹⁶⁶ <http://www.prococos.org/>

Celui-ci s'est donc contenté de poser les règles relatives à la rupture du bail commercial, en application d'une clause résolutoire (**Paragraphe 1**). Mais la pratique des baux commerciaux, une nouvelle fois, est peut-être amenée à changer puisque la rupture par décision purement unilatérale, déjà prévue dans certains cas par le statut, se trouve renforcée par les dernières réformes (**Paragraphe 2**). Cette section est l'occasion d'évoquer les possibilités offertes, aussi bien par le droit commun que le statut des baux commerciaux, aux parties.

Paragraphe 1 - La rupture du bail du commercial, par application de la clause résolutoire, initialement insérée par les deux cocontractants

829. Clause « résolutoire », ou clause « de résiliation de plein droit ». – Bailleur et preneur disposent d'un autre moyen de mettre un terme à leur contrat de bail commercial, de manière radicale, lorsque l'un d'entre eux manque, gravement, à l'une de ses obligations, ou se rend responsable d'une faute incontestable : il s'agit de mettre en application la clause résolutoire, prévue dans le contenu même du bail commercial. Par cette technique, *« les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat (bail, vente, etc.) que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge et sans que celui-ci, s'il est saisi, dispose en principe d'un pouvoir d'appréciation »*¹⁹⁶⁷. Comme le souligne Monsieur Blatter, la dénomination de « clause résolutoire » est en vérité un peu trompeuse. Cependant, nous choisissons volontairement de l'utiliser puisque c'est ce terme qui est le plus souvent employé au sein des baux commerciaux. Il s'agirait pourtant, plus justement, de parler de « clause de résiliation de plein droit ». En effet, nous l'aurons compris, celle-ci *« entraîne précisément la résiliation du contrat, lorsqu'il est à exécution successive, et non sa résolution, qui est désormais prévue par l'article 1225 nouveau du code civil »*¹⁹⁶⁸.

830. Clause automatique. – Il était important d'évoquer cette possibilité puisque, d'une part, concrètement cette clause figure presque toujours dans un bail commercial et, d'autre part, elle peut impacter de manière considérable ce contrat, dans la mesure où ses effets peuvent s'imposer, de manière quasi-automatique, aux parties. Nous parlons de quasi-automaticité en considérant que, pour que celle-ci amène le bail à cesser définitivement d'exister, il restera encore à la partie l'invoquant de faire constater celle-ci en justice. Toutefois, nous sommes en mesure de parler d'automaticité, en comparaison avec les autres méthodes de rupture du contrat,

¹⁹⁶⁷ Cornu G. « Vocabulaire juridique », PUF, 11^{ème} édition, 2016

¹⁹⁶⁸ Blatter J.-P., « Traité des baux commerciaux », 6^è éd., Référence juridique, Ed. Le Moniteur

telles que les actions permettant de faire constater l'inexécution totale ou partielle d'une obligation qui, il faut bien le dire, présentent les inconvénients de toute action en justice, à savoir la longueur des délais et l'insécurité résultant de l'appréciation in concreto du juge.

La clause résolutoire s'applique presque immédiatement suite à la constatation du juge qui ne peut, en principe, d'aucune manière en redéfinir les effets¹⁹⁶⁹. Elle présente, à ce titre, plus d'un intérêt pour la partie au bénéfice de laquelle celle-ci est inscrite au contrat.

831. Clause aux conséquences graves. – Pour la partie en subissant les effets, les effets de la clause résolutoire sont d'une gravité incontestable, lorsque l'on connaît les intérêts et les enjeux commerciaux, voire financiers, que présente le contrat pour le bailleur ou pour le preneur. C'est, tout particulièrement, au preneur que l'on pense ici. En effet, le bailleur sera généralement en capacité de retrouver un locataire commerçant dans les mois suivants la fin du contrat, notamment parce que le marché de l'immobilier, même mieux portant sur les années 2016 et 2017, ne propose pas moult solutions aux exploitants désireux de s'implanter sur un secteur géographique précis. Le locataire, pour sa part, en subissant les effets d'une clause résolutoire, risque de perdre énormément (clientèle, enseigne, fonds de commerce, secteur, etc. ...). Ainsi, dans ce contexte, nous acceptons de parler de « partie faible ».

Monsieur Puylagarde rappelait, dernièrement, que tout litige ayant trait à l'application d'une clause résolutoire se règle de manière très rapide¹⁹⁷⁰. C'est en cela que l'automaticité de la clause résolutoire peut être relevée. Le juge ne s'attarde, la plupart du temps, pas sur la nature de la faute invoquée, puisque la clause résolutoire peut prévoir sa propre application pour tout manquement, aussi bien un impayé qu'un défaut d'autorisation¹⁹⁷¹.

Cette clause résolutoire apparaîtrait donc plus favorable au bailleur (**A**). Pourtant, nous allons constater, qu'à y voir de plus près, le caractère automatique de la clause résolutoire est à relativiser (**B**), ce qui est rassurant tant celle-ci peut avoir des conséquences importantes et tant le déséquilibre aurait pu être soulevé.

¹⁹⁶⁹ Cass. Civ 3^e, 3 avril 2012, pourvoi n°11-15378, rejet, inédit

¹⁹⁷⁰ Puylagarde B., « Baux commerciaux », Affiches Parisiennes n° 99, Décembre 2016, p. 13

¹⁹⁷¹ Nous pensons, par exemple, au transfert du bail commercial, ou au changement de destination

A) Une clause favorable au bailleur conditionnée par le respect d'un formalisme rigoureux

832. Pour Monsieur Kendérian, la clause résolutoire du bail commercial est presque toujours « *stipulée dans l'intérêt du bailleur* »¹⁹⁷². Il a de plus été affirmé par la Cour de cassation que « *le locataire ne peut pas se prévaloir de l'acquisition de la clause résolutoire prévue au contrat de bail commercial, lorsque cette clause est stipulée au seul profit du bailleur, et que ce dernier demande la poursuite du bail* », ceci de manière très récente¹⁹⁷³.

Il s'agit donc de montrer dans quelle mesure l'application de celle-ci peut être qualifiée, ou non, d'équilibrée, voire d'équitable. Cet équilibre résulte de l'obligation qui est faite au bailleur de respecter un formalisme particulièrement rigoureux. Cette dureté, avant même de parler de formalisme, se retrouve dans la nécessité d'être en présence d'une stipulation contractuelle claire et précise. L'automaticité de la clause se mérite et, à défaut, le juge peut se montrer rigoureux. Dans cette optique, deux règles de la première importance sont à relever.

833. Délai d'acquisition de la clause résolutoire. – Tout d'abord, s'agissant du délai d'acquisition du droit d'appliquer la clause résolutoire, la loi Pinel a quelque peu changé la règle relative à ce délai. Rappelons, tout d'abord, qu'en vertu de l'article L. 145-41 du code de commerce, dont la réécriture par l'ordonnance réformant le droit des obligations ne change rien, « *toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux* ». La loi Pinel n'a, d'aucune manière, changé le délai permettant d'invoquer la clause : celui-ci était déjà d'un mois après le « commandement » sur lequel nous reviendrons en détail par la suite¹⁹⁷⁴. La loi de 2014 modifie, en revanche, la sanction réservée à la clause résolutoire ne respectant pas ce délai légal d'acquisition.

Jusqu'à présent, si une telle clause prévoyait un délai inférieur à un mois, la sanction était celle de la nullité¹⁹⁷⁵. Or, désormais, la règle du réputé non écrit a été largement consacrée au sein du statut des baux commerciaux. Cette consécration a des conséquences également sur la clause résolutoire puisque, pour tout bail commercial conclu ou renouvelé après l'entrée en vigueur de

¹⁹⁷² Kenderian F., « La clause résolutoire du bail commercial », JCP E n°19, 11 mai 2017, 1258

¹⁹⁷³ Cass. civ. 3e, 27 avril 2017, pourvoi n° 16-13.625, publié au Bulletin

cf Velin V., « Bail commercial : seul le bailleur peut se prévaloir de la clause résolutoire stipulée à son profit », Ed. FR Lefebvre, La Quotidienne, 24 mai 2017

¹⁹⁷⁴ Infra n° 835

¹⁹⁷⁵ Cass. civ. 3e, 8 déc. 2010, pourvoi n° 09-16.939 ; Cass. civ. 3e, 11 déc. 2013, pourvoi n° 12-22.616

la loi Pinel, toute partie est en droit de contester une telle clause résolutoire litigieuse, même plus de deux ans après la conclusion du contrat. Le délai d'acquisition doit donc être particulièrement respecté.

834. Une obligation du bail commercial, visée par la clause résolutoire – La seconde condition relative à la rédaction de la clause résolutoire, concerne l'obligation qui n'aurait pas été respectée par le cocontractant fautif. En effet, la partie qui met en jeu la clause résolutoire ne peut qu'invoquer une obligation résultant directement du bail commercial, et cette obligation doit avoir été, expressément, visée par la clause résolutoire. Nous constatons donc deux sous-conditions. La première de ces deux sous-conditions, restreint le champ des possibles puisque qu'une obligation « extra-bail commercial », même réelle, ne peut pas être invoquée : ce sera, par exemple, le cas de l'obligation d'exploiter le fonds de commerce¹⁹⁷⁶, ou celle d'être immatriculé au registre du commerce et des sociétés (pour le droit au renouvellement). La seconde sous-condition rappelle que le manquement à l'une des obligations, découlant du bail commercial, doit avoir précisément prévu dans la clause, aucune interprétation du juge n'étant en mesure de faire rentrer le manquement dans le champ visé par celle-ci¹⁹⁷⁷.

Cependant, la rigueur imposée quant à la rédaction de la clause est à relativiser, dans la mesure où les bailleurs, bien conseillés, prennent la plupart du temps soin de prévoir une clause, valide, par laquelle tout manquement à l'une des obligations propres au bail commercial peut justifier la mise en œuvre de la clause résolutoire.

835. Commandement préalable faisant courir le délai d'acquisition d'un mois. – Nous comprenons, ainsi, à quel point l'obligation de respecter un formalisme rigoureux doit permettre une exécution équilibrée, et morale, de la clause résolutoire. Cette rigueur découle de l'obligation, faite à la partie invoquant la clause résolutoire, de procéder à un « commandement » préalable. En effet, la partie invoquant la clause doit avoir averti son cocontractant de son manquement contractuel. Le délai d'acquisition d'un mois commence à courir à partir du moment où le bailleur, par exemple, a rappelé au locataire son obligation de remédier au manquement en question (dans un délai d'un mois).

¹⁹⁷⁶ Cass. civ. 3^e, 19 mai 2004, pourvoi n° 02-20.243, inédit

¹⁹⁷⁷ Il a encore récemment été rappelé qu'un juge ne pouvait admettre la bonne application de la clause résolutoire lorsque celle-ci visait le règlement du loyer alors que le bailleur invoquait le non-paiement d'une charge : CA Paris, pôle 4, ch. 3, 5 févr. 2015, n° 13/08581

836. Commandement par acte extra-judiciaire uniquement. – La Cour de cassation a, dernièrement¹⁹⁷⁸, levé « *toute ambiguïté en affirmant, au visa des articles L. 145-41 et L. 145-15 du Code de commerce que la mise en œuvre d'une clause de résiliation de plein droit d'un bail commercial ne peut résulter que d'un acte extrajudiciaire* »¹⁹⁷⁹. A défaut, le formalisme n'est pas respecté. Il est, à ce titre, amusant de constater que la logique de diminution des coûts et de simplification des démarches, entreprise par la loi Pinel et la loi Macron, ne s'applique pas à ces règles de procédure. Mais, eu égard à l'importance de la sécurité juridique, cela nous semble être bien heureux.

Précisons, en outre, que dans l'arrêt en question la clause résolutoire avait, cette fois-ci, était invoquée par le locataire. Or, à défaut d'avoir respecté le formalisme rigoureux du commandement, si le bail a bien été résilié par le juge, ceci se fit, finalement, sans que le locataire récupère la moindre indemnité d'éviction à laquelle il aurait eu droit en mettant en œuvre la clause résolutoire par acte extra-judiciaire. La rigueur du formalisme s'impose donc aux deux parties.

837. Rédaction précise du commandement. – Le commandement doit mentionner expressément le délai, sans la moindre confusion, sans quoi la jurisprudence considère celui-ci non valide¹⁹⁸⁰. La même précision s'impose à la mention du manquement contractuel. La jurisprudence considère, en effet, que toute imprécision ne permet pas au preneur de corriger son erreur. Cette jurisprudence peut, d'ailleurs, paraître trop stricte : un arrêt récent de la Cour de cassation¹⁹⁸¹ l'illustre parfaitement. En l'espèce, il était question d'un locataire ayant, manifestement, manqué à son obligation d'entretien du local loué. Le bailleur, pour respecter le formalisme légal, avait fait parvenir à celui-ci « *un commandement visant la clause résolutoire du bail d'avoir à effectuer toutes les réparations d'entretien* »¹⁹⁸². Mais le commandement faisait référence à un acte d'huissier, joint à la demande, constatant les dégradations qui énumérait, « *étage par étage, et appartement par appartement, les désordres* »¹⁹⁸³. Cela pouvait paraître relativement précis. Pourtant, le juge considère cela insuffisant : si l'acte indiquait bien tous les travaux et dégâts, il ne les rangeait pas en « *catégories* ». Le locataire ne savait, dès lors, pas lesquelles correspondaient à son obligation

¹⁹⁷⁸ Cass. Civ. 3^e, 21 décembre 2017, pourvoi n°16-10.583, Publié au bulletin

¹⁹⁷⁹ Lebel C., « Bail commercial : mise en œuvre de la clause de résiliation de plein droit », JCP E n° 18, 3 Mai 2018, 1231

¹⁹⁸⁰ Cass. civ. 3^e, 17 mars 2016, pourvoi n° 14-29.923, inédit

¹⁹⁸¹ Cass. civ. 3^e, 30 mars 2017, pourvoi n° 16-11.970, inédit

¹⁹⁸² « Un commandement imprécis empêche la mise en œuvre de la clause résolutoire d'un bail commercial », Mémento droit commercial, Ed. FR Lefebvre, n°5229

¹⁹⁸³ Ibidem

d'entretien et lesquelles à son obligation de remise en état... Si nous nous interrogeons sur la référence aux « catégories » et sur l'hypothétique influence des nouvelles dispositions de la loi Pinel, relative aux travaux¹⁹⁸⁴, sur cette décision, nous considérons, en l'espèce, la rigueur du juge plutôt excessive : il était incontestable que le locataire devait, dans tous les cas, procéder aux réparations, si bien que la pertinence de la protection de celui-ci est discutable. Néanmoins, la décision s'explique, incontestablement, par ce qui a été expliqué auparavant : le juge n'apprécie pas la mise en œuvre de la clause résolutoire, compte tenu des faits. Le statut lui impose une appréciation rigoureuse du formalisme.

La même solution s'applique au manquement relatif au non-paiement de loyer. En effet, dans pareille situation, il ne suffira pas de mentionner quelle somme n'a pas été réglée, le bailleur devra détailler, précisément, les dates ou indexations précises des sommes en question¹⁹⁸⁵. La tâche est assez ardue pour qui n'est pas habile avec les chiffres...

838. Nécessité de prouver la persistance du manquement. – Enfin, la dernière condition semblant s'imposer au bailleur est celle de la persistance de la faute du locataire. La Cour de cassation a, en effet, par quelques arrêts récents, semblé vouloir faire supporter au bailleur la charge de la preuve relative à cette persistance dans le temps, un mois après le commandement effectué¹⁹⁸⁶. Ainsi, il en résulte « *qu'au plan pratique, le bailleur qui poursuit la résiliation de plein droit du bail doit faire effectuer deux constats d'huissier : un premier constat qui démontre l'existence de l'infraction aux clauses du bail (...) et un second constat effectué à l'issue de la période d'un mois, pour vérifier si le preneur s'est conformé à la mise en demeure qui lui a été adressée* »¹⁹⁸⁷.

839. Un formalisme très rigoureux est par conséquent imposé au bailleur, partie qui invoquera le plus souvent la clause résolutoire. La mise en application de celle-ci n'aurait, en conséquence, finalement rien d'automatique, d'autant plus que le preneur bénéficie d'une autre protection, à savoir celle résultant de l'obligation de bonne foi du code civil.

¹⁹⁸⁴ Supra n° 420 et s.

¹⁹⁸⁵ CA Aix-en-Provence, 11e ch. B, 20 oct. 2016, n° 15/13484 ; Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, pourvoi n° 14-17.645

¹⁹⁸⁶ Cass. civ. 3^e, 15 déc. 2016, pourvoi n° 15-23.831, inédit ; Cass. civ. 3e, 16 mars 2017, pourvoi n° 15-29.206, publié au Bulletin

¹⁹⁸⁷ Kenderian F., ibidem

B) La non-automaticité de la clause résolutoire au profit du seul locataire

840. Le juge conserve une certaine marge de manœuvre quant à la mise en œuvre, de bonne foi, de la clause résolutoire (1). Celle-ci ne devrait pas être remise en cause par la consécration d'un régime de droit commun de clause résolutoire, au sein du code civil (2).

1- La réelle marge d'appréciation du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire

841. Une idée préconçue d'automatisme. – Nous parlions, jusqu'à présent, d'une clause résolutoire d'application « quasi-automatique », dont les effets impactaient de manière très rapide le bail commercial des parties. Pour Monsieur Seube¹⁹⁸⁸, « *cette analyse repose sur un vieil arrêt¹⁹⁸⁹ où la Cour avait retenu qu'il n'était pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution (...) les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit* ». Mais, en vérité, cela ne reflète que très rarement la réalité et relève plus de l'idée préconçue. En effet, la vision que le législateur a de la demande de rupture du contrat, par la mise en application d'une clause résolutoire, est généralement celle d'une manœuvre tendant au comportement abusif. Le juge se retrouve, très régulièrement, en présence d'une clause soigneusement rédigée par le bailleur, par laquelle ce dernier s'octroie plus la possibilité de ne pas respecter ses propres obligations que le droit de contester le manquement réel du locataire.

Mettre un terme au bail commercial, grâce à la clause résolutoire, constitue en conséquence le moyen parfait de faire fi des grands principes d'ordre public du statut, à savoir les règles de durée minimale de neuf ans, de droit au renouvellement, ou d'obligation de payer une indemnité d'éviction. C'est la raison pour laquelle le législateur permet au juge, par voie détournée, de rendre l'application de la clause résolutoire difficile, longue, voire impossible¹⁹⁹⁰. Ce que le juge « *perd quant à l'appréciation du bien-fondé de la résolution, il le récupère (finalement) quant à l'appréciation des circonstances de mise en œuvre de la clause* »¹⁹⁹¹.

842. Pouvoir d'appréciation, et d'interprétation, du juge. – Le juge a l'opportunité de juger du bien-fondé, de suspendre, ou d'accorder des délais de grâce à la partie au détriment de laquelle l'application de la clause résolutoire est invoquée. A ce titre, la plupart des auteurs¹⁹⁹², quant au pouvoir d'appréciation du juge, relèvent que « *la clause ambiguë doit être interprétée* »

¹⁹⁸⁸ Seube J.-B., « L'effet de plein droit de la clause résolutoire du bail », RDC n°3, 15 sept. 2017, p. 455

¹⁹⁸⁹ Cass. Civ., 2 juillet 1860

¹⁹⁹⁰ En pensant à l'hypothèse probable d'une procédure collective : nous connaissons, évidemment, toutes les difficultés que l'on peut rencontrer en de telles situations.

¹⁹⁹¹ Seube J.-B., *ibidem*

¹⁹⁹² Kenderian F., *ibidem*

et que la « *mise en œuvre de bonne foi* » de la clause résolutoire doit être appréciée. C'est pour cette raison également que, dans son ouvrage, Monsieur Genicon a renié toute automaticité de la clause résolutoire puisque, pour ce dernier, ce serait « *refuser de regarder la réalité en face : le contrat n'a pas disparu de lui-même, il n'a disparu que parce que le juge l'a bien voulu* »¹⁹⁹³.

843. Une clause résolutoire de plein droit n'est pas automatique. – Notons également que Madame Tirel¹⁹⁹⁴ a rappelé, par une étude précise de la jurisprudence récente applicable à la mise en œuvre de la clause résolutoire, que celle-ci refuse, finalement, toute « *automaticité de la clause résolutoire de plein droit* ». Elle rappelle qu'une distinction doit être absolument faite entre « *clause résolutoire de plein droit* » et « *clause automatique* ». En effet, elle constate que, même si la Cour de cassation a toujours été très claire dans ses arrêts, qu'ils soient anciens ou récents, « *la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit continue d'être comprise intuitivement par les juristes comme un synonyme du terme automatique* ». Cela est pourtant tout à fait erroné. La clause résolutoire n'est automatique que lorsque le terme « automatique » est, expressément, stipulé au sein de ladite clause. La règle a, encore récemment, été rappelée par un arrêt rendu par la Cour de cassation¹⁹⁹⁵ qui constitue « *un véritable guide pour la rédaction des clauses résolutoires* ». En effet, une clause stipulée « *de plein droit* » n'est absolument pas automatique, et dépendra de l'appréciation du juge. Nous conseillons, en conséquence, aux rédacteurs de baux commerciaux qui y auraient intérêt, de prévoir une clause « *de plein droit et automatique* ».

844. Appréciation de la mise en œuvre de bonne foi de la clause résolutoire. – Le caractère automatique doit, également, être relativisé parce que la mise en œuvre de la clause est, largement, conditionnée par l'obligation très présente en droit des baux commerciaux de bonne foi. En effet, de très nombreux arrêts ont, toujours, été rendus au visa de l'ancien article 1104 du code civil¹⁹⁹⁶ et désormais au visa de l'article 1134 du code civil¹⁹⁹⁷, relatifs à la bonne foi, pour ce qui est de la mise en œuvre de la clause résolutoire. L'appréciation de la bonne foi donne au juge un véritable pouvoir d'appréciation, dans les litiges relatifs à la mise en œuvre de la clause résolutoire. Un arrêt datant de l'année 2016, rendu par la Cour de cassation, a d'ailleurs érigé la bonne foi en condition fondamentale. La Cour avait, ainsi, sanctionné la

¹⁹⁹³ Genicon T., « La résolution du contrat pour inexécution », 2006, LGDJ, p.107

¹⁹⁹⁴ Tirel M., « Précisions sur la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », D. 2017, p.1595

¹⁹⁹⁵ Cass. civ. 3e, 27 avril 2017, pourvoi n°16-13.625, Publié au Bulletin

¹⁹⁹⁶ Cass. civ. 3e, 10 nov. 2010, pourvoi n° 09-15.937 ; Cass. civ. 3e, 8 sept. 2016, pourvoi n° 13-28.063, FS-D

¹⁹⁹⁷ Cass. civ. 3e, 1^{er} févr. 2018, pourvoi n° 16-28.684, inédit

décision d'une cour d'appel qui n'avait pas « *recherché comme il le lui était demandé, si la clause résolutoire n'avait pas été mise en œuvre de bonne foi* »¹⁹⁹⁸.

Une critique pourrait, néanmoins, être faite. Nous constatons, à nouveau, que le pouvoir du juge se trouve renforcé par ce qui a pu être appelé « *l'envahissement* » de la bonne foi. On peut, en effet, se demander si l'objectif initial de la clause résolutoire n'est pas perdu de vue, et si le juge n'est pas amené à user de cette condition pour, finalement, dénaturer la promesse initiale faite par l'insertion de la clause, à savoir celle par laquelle les parties acceptent, textuellement, qu'en cas de manquement, elles acceptent de ne pas soumettre la continuation du bail commercial à l'avis d'un juge. Les auteurs relèvent, néanmoins, que jusqu'à présent la mauvaise foi du bailleur n'a été retenue que si « *elle s'est manifestée à l'occasion de la mise en demeure visant la clause résolutoire, et non d'autres circonstances* »¹⁹⁹⁹. Cette règle a, d'ailleurs, été proclamée en jurisprudence²⁰⁰⁰. Dans ce cadre, l'utilisation de la bonne foi par le juge dans son appréciation de la bonne mise en œuvre de la clause résolutoire paraît raisonnable.

845. Nous constatons, en revanche, que la mise en œuvre de la clause résolutoire, insérée au sein des baux commerciaux, n'a rien d'automatique. Cette situation ne devrait pas être remise en cause par la dernière réforme du droit des obligations.

2- L'appréciation équilibrée du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire non remise en cause par la dernière réforme du droit des obligations

846. Validité de la clause résolutoire. – La réforme du droit des obligations de 2016 « *institue un système contractuel de résolution ou de résiliation* »²⁰⁰¹. Celui-ci se voit consacré dans un nouvel article 1225 du code civil disposant que : « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire* ». Sans aborder la question des baux commerciaux, directement, précisons que ce nouvel article constitue une nouveauté, pour le droit commun des contrats puisque, comme le constatait Monsieur Brault, « *alors que les anciennes dispositions prévoyaient que la condition résolutoire dans un contrat*

¹⁹⁹⁸ Cass. Civ. 3^e, 1 décembre 2016, pourvoi n° 15-25.884, Inédit

¹⁹⁹⁹ Blatter J.-P., *ibidem*

²⁰⁰⁰ Cass. civ. 3^e, 2 décembre 1998, pourvoi n°97-11109, Bull. civ III, n°231

²⁰⁰¹ Blatter J.-P., *ibidem*

*synallagmatique était toujours sous-entendue, le nouvel article 1225 confirme la validité de la clause résolutoire »*²⁰⁰². C'est bien d'une proclamation dont il est question.

847. Clause résolutoire de droit commun, et clause résolutoire statutaire. – Il s'agit de se demander si cet article, nouveau, a vocation à s'appliquer aux baux commerciaux, dans la mesure où le statut prévoit déjà un régime spécial de clause résolutoire, celui d'ordre public de l'article L. 145-41 du code de commerce. Pour la plus grande majorité des auteurs, cet article n'est pas applicable aux baux commerciaux²⁰⁰³. En effet, la règle du « spécial qui déroge au général », consacré par l'article 1105 du code civil, semble devoir trouver application. Cette opinion est largement partagée en doctrine, il ne nous semble pas que cette question puisse poser des problèmes à l'avenir. L'article L. 145-41 du code de commerce semble bien toujours être l'article à appliquer aux clauses résolutoires de baux commerciaux.

Rappelons que, dans sa dernière version, celui-ci prévoit que : *« Toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai. Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil*²⁰⁰⁴ *peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge »*²⁰⁰⁵

Selon Monsieur Blatter²⁰⁰⁶, *« l'article 1225 nouveau du code civil constitue l'un des exemples de règle générale qui ne peut être appliquée en raison de l'existence »* de cette règle particulière. Ainsi, *« en l'absence de clause de résiliation de plein droit expressément prévue au bail, il est douteux que les dispositions de l'article 1225 nouveau du code civil puissent être invoquées »*. Notons, d'ailleurs, que cette clause figure, en principe, toujours dans les baux commerciaux.

848. Equilibre du régime relatif à la résiliation de plein droit du bail commercial ? –

Selon la majeure partie des commentaires, le régime de la clause résolutoire semble en l'état actuel parfaitement équilibré. En effet, tout d'abord, pour Madame Haas, la « *clause résolutoire*

²⁰⁰² Brault C.-E., « Les remèdes à l'inexécution du bail commercial », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 13

²⁰⁰³ Kenderian F., *ibidem*

²⁰⁰⁴ C'est ce renvoi au code civil qui change. Dans la version antérieure au 1^{er} octobre 2016, l'article renvoyait aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil

²⁰⁰⁵ Article modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 6

²⁰⁰⁶ Blatter J.-P., *ibidem*

qui se caractérise par son caractère en principe automatique » est infiniment restreinte par un « *certain nombre de sécurités préalables et de mécanismes d'équité correctifs de la rigueur contractuelle afin d'assurer la protection du preneur défaillant* »²⁰⁰⁷. Cet avis est partagé par Monsieur Monéger²⁰⁰⁸ qui considère qu'il y a équilibre parfait entre le régime de la clause résolutoire, la protection accordée par les articles L. 145-41 du de commerce et 1343-5 du code civil et la jurisprudence associée à ces deux articles. S'ajoute à cela la possibilité pour le juge de contrôler l'application de ces clauses, grâce à l'exigence de la bonne foi qui, pour Monsieur Planckeel, « *permet d'éviter une mise en œuvre trop brutale de la clause résolutoire* »²⁰⁰⁹. Pour cet auteur, l'équilibre est même procédural dans la mesure où, en allant contre l'automaticité, on permet au locataire de prendre connaissance de ses droits, de la réglementation applicable et donc de prendre le temps d'étudier la légitimité de la demande. Dit autrement, le locataire voit venir le bailleur de loin.

849. Possibilité d'obtenir une suspension de la clause résolutoire. – Le preneur peut, en application de l'article 1343-5 du code civil, obtenir une suspension de la clause. Une question prioritaire de constitutionnalité avait été posée à ce sujet pour savoir si l'obtention d'une suspension de la clause, par le preneur, n'allait pas à l'encontre du régime²⁰¹⁰. Cette idée fut rejetée et il fut alors affirmé que la suspension de la clause résolutoire répondait à un intérêt général de procédure. Selon nous, cela se comprend d'autant plus dans la situation du locataire qui, encore une fois, risque de perdre énormément. Dès lors, lui laisser du temps pour retomber sur ses pieds ne semble évidemment pas abusif, dans un besoin de souplesse, même si cela se fait, certes, au seul bénéfice du locataire.

850. La clause résolutoire était une possibilité de mettre un terme au bail commercial, possibilité acceptée initialement par les deux parties. Il s'agit de constater que le bail commercial peut être rompu de manière unilatérale.

²⁰⁰⁷ Haas. P., « Clause résolutoire : demande de délais et de suspension nonobstant l'exécution d'une mesure d'expulsion », AJDI 2017, p.591

²⁰⁰⁸ Monéger J., « Clause résolutoire. Clause stipulée en faveur du seul bailleur. Option du bailleur pour la poursuite du bail », RTD com 2017

²⁰⁰⁹ Planckeel F., « Clause d'indexation et clause résolutoire ne font pas toujours bon ménage », AJDI 2016, p.774

²⁰¹⁰ Cass. civ. 3^e, 2 avril 2003, pourvoi n°01-16834

Paragraphe 2 - La rupture du bail commercial par décision unilatérale : nouveau constat d'un unilatéralisme grandissant

851. Cette faculté de rupture unilatérale découle directement des deux grandes réformes de 2014 et de 2016. En effet, d'une part, le législateur, par la loi Pinel, n'a pas seulement cherché à « simplifier » la signification du congé, comme nous l'avons étudié au cours de cette thèse²⁰¹¹, mais a souhaité également apporter une nouvelle possibilité de résiliation au preneur (A). Quant à la réforme du droit des obligations de 2016, d'autre part, celle-ci a créé une faculté de résolution du contrat par « notification » (B).

A) Une résiliation facilitée, par la loi Pinel, pour les ayant-droits du preneur décédé

852. Régime dérogatoire à la règle de résiliation triennale. – En vertu de l'article L. 145-4 du code de commerce, « *le preneur ayant demandé à bénéficier de ses droits à la retraite du régime social auquel il est affilié ou ayant été admis au bénéfice d'une pension d'invalidité attribuée dans le cadre de ce régime social* » possède une faculté de donner congé. L'article 2 de la loi Pinel l'étend aux ayants droit du locataire décédé.

En principe, le preneur doit attendre la fin de la période triennale pour pouvoir résilier le bail commercial. Toutefois, il est prévu un régime dérogatoire à l'article L. 145-4 du code de commerce. Le locataire commerçant, qui prend sa retraite, peut donner congé à n'importe quel moment, en cours de bail, sans être tenu par la durée initiale du bail, ou par la prochaine échéance triennale.

Cette faculté a été ajoutée par la loi n°85-1408 du 30 décembre 1985. Le locataire doit néanmoins respecter « *les formes et délais de l'article L. 145-9* » du code de commerce. Il s'agit des conditions relatives au congé, par conséquent, il doit signifier son congé au bailleur six mois avant la date de départ prévu. La loi du 30 juillet 1987 a accordé cette même faculté de résiliation au preneur qui bénéficie d'une pension invalidité « *attribuée par le régime d'assurance invalidité-décès des professions artisanales ou des professions industrielles et commerciales* »²⁰¹². Depuis la loi du 31 décembre 1989, cette faculté de résiliation s'applique également à l'associé unique d'une EURL²⁰¹³, ainsi qu'au gérant majoritaire, depuis au moins deux ans, d'une SARL²⁰¹⁴, lorsque celle-ci est titulaire du bail.

²⁰¹¹ Supra n° 223 et s.

²⁰¹² C. com. Art. L. 145-51

²⁰¹³ Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée

²⁰¹⁴ Société à Responsabilité Limitée

853. Faculté de résiliation anticipée des ayant droits du preneur décédé. – La loi Pinel étend, une nouvelle fois, cette faculté de résiliation. En effet, la loi Pinel accorde ce droit aux ayants droit du locataire décédé²⁰¹⁵, selon les mêmes modalités, à savoir six mois à l'avance, pour le terme d'un trimestre civil, par acte d'huissier ou par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception.

Au moment de signer un bail commercial, dans le but de développer son activité, on pense rarement au sujet tabou qu'est la mort. Le preneur s'engage, néanmoins, pour de longues années. Mais peu de baux commerciaux comportent une clause prévoyant cet hypothétique événement. Pourtant, l'article 1742 du code civil prévoit que « *le contrat de louage n'est pas résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur* ». Ainsi, on comprend que la mort du preneur, ou même de son bailleur, ne met pas un terme au contrat de bail commercial.

En application des articles 804 et suivants du code civil, ce sont les héritiers, lorsqu'il y en, qui doivent assumer le paiement du loyer, hormis le cas où ils auraient renoncé à la succession dans les conditions fixées par la loi²⁰¹⁶. En cas de pluralité d'héritiers, si ceux-ci ne renoncent pas à la succession, ils sont tenus conjointement au paiement des loyers. Notons, toutefois, qu'une clause insérée dans le bail commercial prévoyant la solidarité passive des héritiers, en cas de décès du preneur, est possible. En revanche, si tous les héritiers reprennent l'exploitation, il y aura aussi solidarité, car celle-ci découle de la nature commerciale de l'obligation dont ils deviennent ainsi débiteurs²⁰¹⁷.

Les héritiers qui n'ont pas contractés avec le bailleur, se retrouvent, en conséquence, par voie de succession, à la tête d'un commerce dont ils ne connaissent souvent rien et dont la charge pourrait s'avérer pesante. Rappelons que, parmi les obligations du preneur, se trouve celle, atténuée ces dernières années par la jurisprudence, d'exploiter de manière ininterrompue l'activité dans les locaux loués. Or, en général, il faudra un temps d'adaptation aux héritiers pour reprendre l'activité. Les tribunaux ont, cependant, été par le passé assez compréhensifs dans de telles situations²⁰¹⁸, mais ont tout de même pu juger qu'une année, après le décès du preneur, représentait un délai trop long pour reprendre l'exploitation du fonds²⁰¹⁹. De son côté,

²⁰¹⁵ C. com. Art., L. 145-4, al. 3, réd. L. 18 juin 2014, art. 2, 2°

²⁰¹⁶ La dette des loyers n'est pas transmise. Les héritiers ne doivent pas les arriérés de loyer ayant couru jusqu'au jour de la renonciation à succession : CA Paris, 6e ch. B, 16 janvier 2003

²⁰¹⁷ Cass. com., 16 janv. 1990, pourvoi n°88-10.494, inédit

²⁰¹⁸ Sous réserve qu'ils le fassent dans un délai « raisonnable » : CA Paris, 1ère ch., Sect. urg., 18 novembre 1986

²⁰¹⁹ CA Paris, 14ème ch. B, 15 décembre 1983

le bailleur pourrait craindre que la mauvaise gestion des nouveaux commerçants s'avère néfaste pour ses propres intérêts et notamment le paiement du loyer.

La loi Pinel a donc ajouté au quatrième alinéa de l'article L. 145-4 du code de commerce, la phrase suivante : « *il en est de même pour ses ayants droit en cas de décès du preneur* ». Ainsi, les ayants droit ont la même faculté de résiliation anticipée que les locataires ayant demandé à bénéficier de leurs droits à retraite, ou ayant été admis au bénéfice d'une pension invalidité.

Cette nouveauté ne semble pas poser de difficultés particulières tant elle apparaît pertinente et juste, aussi bien pour les héritiers que pour le bailleur. Elle est applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi. Ainsi, toute succession ouverte depuis le 20 juin 2014 ouvre droit à cette faculté de résiliation anticipée.

854. Une autre voie de sortie, apportée par la dernière réforme du droit des obligations, pourrait en poser beaucoup plus, tant elle semble d'ailleurs applicable aux baux commerciaux.

B) La résolution unilatérale par notification, créée par la réforme du droit des contrats

855. Il s'agira, après avoir constaté l'apparente compatibilité entre la nouvelle résolution unilatérale du code civil avec le régime spécial des baux commerciaux (1), d'en étudier la mise en application (2).

1- L'apparente compatibilité entre cette nouvelle faculté du code civil et le régime spécial des baux commerciaux

856. Une action similaire prévue à l'ancien article 1224 du code civil. – Nous nous plaçons ici, à nouveau, dans le contexte d'une inexécution. Jusqu'à 2016, une seule possibilité était offerte aux cocontractants, par le droit des contrats, dans une telle situation. Celle-ci figurait à l'article 1184 du code civil qui envisageait une possibilité de résolution du contrat. Néanmoins, il n'y était question que d'une condition résolutoire « sous-entendue » dans certains contrats synallagmatiques : c'est-à-dire que n'y figurait aucune référence à une quelconque résolution unilatérale. La réforme du droit des contrats a supprimé les dispositions de cet ancien article et a opté pour une toute autre manière d'appréhender la résolution pour inexécution.

En effet, au sein du nouvel article 1224 du code civil, ayant pour rôle de dresser la liste des différentes sanctions applicables en cas d'inexécution d'un contrat, figure dorénavant cette possibilité de résolution unilatérale. Celle-ci avait déjà été acceptée, et reconnue, en

jurisprudence puisqu'avait été affirmé que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat (pouvait) justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* »²⁰²⁰. Nous comprenons, ainsi, qu'une seule condition devait être respectée par la partie souhaitant résoudre unilatéralement le contrat : il s'agissait du caractère suffisamment grave de l'inexécution.

Aucun autre critère n'était posé par la jurisprudence, ce qui n'offrait aucune garantie aux parties souhaitant se prévaloir de cette faculté, et pas suffisamment de consignes au juge pour que, celui-ci, puisse apprécier correctement le caractère recevable d'une telle demande. Ce dernier se contentait donc, la plupart du temps, de sanctionner les décisions du fond qui ne recherchaient pas suffisamment à déceler le caractère « *grave* » du manquement contractuel²⁰²¹.

857. Clarification opérée par la réforme de 2016. – Dans ce contexte, on peut considérer que la réforme de 2016 opère une clarification nécessaire, puisqu'elle prévoit, d'une part, cette possibilité de résolution unilatérale au sein de l'article 1224 du code civil et que, d'autre part, elle encadre plus précisément cette faculté en créant le nouvel article 1226 du code civil selon lequel :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

858. Compatibilité avec le statut des baux commerciaux. – Pour savoir si l'on peut considérer cet article applicable aux baux commerciaux, il s'agit de s'interroger, à nouveau, sur la compatibilité entre cette règle générale, et une ou plusieurs éventuelles règles spéciales. Nous pouvons nous demander si la mise en œuvre de l'article 1226 ne risquerait pas d'anéantir les

²⁰²⁰ Cass. civ., 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-21.485, Bull. 1998 I N° 300 p. 207

²⁰²¹ Cass. civ., 20 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.170, Bull. 2001 I N° 40 p. 25 ; Cass. civ., 28 oct. 2003, pourvoi n° 01-03.662, Bull. civil 2003, I, n° 211, p. 166

dispositions protectrices du statut des baux commerciaux. Pour Monsieur Lafond, cela n'est pas le cas puisque le penser reviendrait à refuser le recours à la résiliation judiciaire, lorsque le bail comporte une clause résolutoire de plein droit, ce que n'a pas admis la jurisprudence. Selon l'auteur, « *la lecture du rapport au président de la République montre que l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas entendu revenir sur cette solution* »²⁰²².

Nous pouvons, également, nous questionner sur le danger de porter atteinte à la volonté des parties, en anéantissant les stipulations contractuelles des baux commerciaux, prévues par les parties, et encadrant les cas de rupture du contrat. La jurisprudence commerciale avait, par le passé, répondu à cette question, avant la réforme de 2016, puisqu'elle considérait que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle* »²⁰²³. De plus, la Cour de cassation avait déjà admis la possibilité de résoudre le bail commercial unilatéralement²⁰²⁴. La création de l'article 1226, ayant vocation à consacrer cette jurisprudence, en reprenant d'ailleurs le même critère²⁰²⁵ de la gravité de l'inexécution²⁰²⁶, nous nous autorisons à considérer que sa compatibilité avec le statut s'en trouve affirmée.

859. Caractère « grave » du manquement contractuel. – Restera, désormais, au bailleur ou au preneur invoquant un manquement contractuel, de prouver le caractère grave de celui-ci. Dans la jurisprudence antérieure à la réforme, la gravité était reconnue, par exemple, contre le bailleur dans un entrepôt « *où le bailleur ne s'était pas assuré que le revêtement supporterait dans la durée la circulation intense de véhicules et avait refusé toute réparation* »²⁰²⁷, ou lorsque le bailleur refusait d'effectuer des travaux, suite à un incendie du local alors pourtant qu'« *aucune négligence du locataire n'avait été mise en évidence* »²⁰²⁸.

De manière plus générale, pour Monsieur Lafond, selon la jurisprudence, « *il faut qu'en raison de la situation créée par les manquements contractuels de l'une ou l'autre des parties, la poursuite des relations contractuelles ne soit plus envisageable (notamment parce que l'exercice de l'activité dans les lieux n'est plus possible) et qu'il soit nécessaire (éventuellement en raison de l'urgence) de rompre le contrat par cette voie exceptionnelle, car l'utilisation des*

²⁰²² Lafond J., « La résolution unilatérale des contrats : application aux baux commerciaux », JCP N n° 5, fév. 2018, 1093

²⁰²³ Cass. com., 20 octobre 2015, pourvoi n°14-20.416, inédit

²⁰²⁴ Cass. civ. 3e, 1er déc. 2016, pourvoi n° 13-20.524 ; Cass. civ. 3e, 12 juin 2012, pourvoi n° 10-28.316 ; Cass. com., 10 févr. 2009, pourvoi n° 08-12 ; Cass. civ. 3e, 31 mai 2011, pourvoi n° 09-69.461

²⁰²⁵ Nous parlons désormais de standard juridique

²⁰²⁶ Indirectement en réalité par la lettre de l'article 1224 du code civil

²⁰²⁷ Cass. civ. 3e, 31 mai 2011, pourvoi n° 09-69.461

²⁰²⁸ Cass. civ. 3e, 1 décembre 2016, pourvoi n°13-20.524

voies judiciaires habituelles ne permettrait pas d'obtenir cette rupture dans un délai satisfaisant »²⁰²⁹. Cela permet donc de poser, plus clairement, le champ d'application possible de l'article 1226 du code civil, pour un bail commercial. Dès lors que le locataire causera un trouble quelconque (voisinage, sécurité, écologique, ...), ou que le bailleur empêchera son locataire d'exercer paisiblement son activité, l'article 1226 pourra être mis en application.

2- La mise en application de cette nouvelle possibilité en matière de bail commercial

Cette nouvelle résolution, bien qu'unilatérale, doit respecter un certain formalisme préalable (a). Après en avoir pris connaissance, nous tenterons de mesurer les effets possibles de ce nouveau mode de résolution dans la pratique des baux commerciaux (b).

a- Le formalisme préalable à la mise en œuvre de la résolution unilatérale

860. Mise en demeure préalable. – En vertu de l'article 1226 du code civil, deux étapes sont à respecter. La partie invoquant cet article doit, tout d'abord, mettre en demeure l'autre partie de mettre un terme à l'inexécution de son obligation. Notons qu'aucune précision n'est apportée par l'article quant à la forme de la mise en demeure. La ratification de l'ordonnance intervenue en 2018, n'a pas non plus apporté de précision à cet égard. A nouveau, il semble plus sûr juridiquement de recourir à l'acte extra-judiciaire, plutôt qu'à la lettre recommandée avec accusé de réception. Toutefois, celle-ci nous apparaît tout à fait recevable. L'article 1226 n'est pas plus précis en réalité sur le reste du formalisme puisqu'il se contente d'imposer au créancier de procéder à cette mise en demeure, et d'indiquer « *un délai raisonnable* » au terme duquel « *le créancier sera en droit de résoudre le contrat* ».

Selon nous, il s'agirait très clairement de s'inspirer du formalisme, rigoureusement encadré, pour le commandement préalable à la mise en application d'une clause résolutoire. Ainsi, la mise en demeure de l'article 1226 devrait contenir, précisément, la liste des manquements invoquées par la partie procédant à la notification, ainsi qu'un délai suffisamment long au terme duquel celle-ci procédera à la résolution, puisque ce délai raisonnable n'est, à l'heure actuelle, pas défini. Rappelons, également, que la jurisprudence, pour ce qui est de l'application de la clause résolutoire en matière de bail commercial, refuse déjà de donner droit à la demande de résolution lorsque le délai prévu est trop court²⁰³⁰. En revanche, l'article 1226 prévoit clairement que le créancier n'a pas besoin de procéder à cette mise en demeure préalable en cas d'urgence.

²⁰²⁹ Lafond J., *ibidem*

²⁰³⁰ Cass. civ. 3^e, 27 oct. 2010, pourvoi n° 09-69.820

861. Notification de la résolution du contrat. – La seconde étape, le créancier peut y procéder, lorsque l'inexécution a perduré au-delà du délai raisonnable prévu dans la mise en demeure signifiée au débiteur. A ce moment-là, le créancier « *notifie* » au débiteur la résolution du contrat. Pour Monsieur Lafond, « *en parlant d'une notification, le texte ouvre la possibilité d'utiliser tous les moyens permettant de porter à la connaissance du débiteur la volonté du créancier de procéder à la résolution unilatérale du contrat de bail* »²⁰³¹. L'auteur recommande, néanmoins, à nouveau, l'acte d'huissier puisqu'il « *présente l'avantage de solenniser la notification* ». Pourtant, d'autres auteurs comme Madame Fabre-Magnan, considèrent que la notification pourrait tout aussi bien être effectuée par envoi d'un email²⁰³². Celui-ci a d'ailleurs, en principe, la même valeur juridique qu'une lettre avec accusé de réception.

Le texte est plus précis sur le contenu de cette notification puisqu'il impose, d'une part, d'exprimer clairement la volonté de résoudre le contrat et, d'autre part, de faire figurer les raisons qui motivent la résolution. Pour ce qui est des effets découlant de cette notification, à la lecture de l'article 1226, on comprend que la résolution, dans la mesure où la mise en demeure préalable a été effectuée, entraîne résolution automatique du contrat : aucune intervention du juge n'est nécessaire. Néanmoins, le texte pose une ultime condition, à savoir celle de la persistance de l'inexécution au moment de la notification. Ainsi, le créancier devra être en capacité de fournir la preuve de cette persistance en cas de contestation du débiteur. Nous conseillons donc, pour l'application de l'article 1226 également, de procéder à deux constats différents, l'un avant la mise en demeure et l'autre avant la notification. Ainsi, la preuve sera facile à rapporter pour le créancier.

Si toutes les conditions sont respectées, la résolution intervient « *à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier* ».

b- L'effet de la mise en œuvre de la résolution unilatérale sur la pratique des baux commerciaux

862. Résolution invoquée par le bailleur. – Rappelons que l'article 1226, reprenant en partie la jurisprudence antérieure applicable à la résolution unilatérale, prévoit que celle-ci est mise en œuvre aux risques et périls de celui qui l'invoque. Les risques juridiques sont, ainsi, assez importants, et les conséquences de la résolution unilatérale ne seront pas les mêmes selon

²⁰³¹ Lafond J., *ibidem*

²⁰³² Fabre-Magnan M. « Droit des obligations », PUF, coll. Thémis droit, 2016 p.745

que celle-ci sera réalisée par le bailleur ou par le preneur, et selon que celle-ci sera, ou ne sera pas, contestée.

Les conséquences seront également inégales lorsque la résolution sera mise en œuvre par le bailleur, selon que le locataire choisira de rester ou choisira de partir du local commercial. Il n'y a aucune difficulté, évidemment, si le locataire accepte la résolution, restitue et libère son local immédiatement et sans la moindre contestation. Les auteurs²⁰³³ recommandent, toutefois, de toujours rédiger, et conclure, un acte formalisant cette acceptation par le preneur et de toujours procéder à l'état des lieux de sortie.

En effet, ne pas penser à l'état des lieux de sortie serait, pour le bailleur, s'exposer à ce que le locataire conteste la résolution du bail commercial, même un certain temps après son départ, puisque la contestation peut se faire à tout moment²⁰³⁴, tant que le délai de prescription de cinq ans²⁰³⁵ n'est pas arrivé à expiration. Le risque juridique, en cas de relocation par le bailleur, serait dans un pareil cas immense. D'autant plus que le locataire pourrait prétendre au paiement de dommages et intérêt par le bailleur, et qu'une telle somme, compensant la perte du commerce, pourrait être élevée.

La situation sera autrement plus délicate si le locataire refuse de quitter les lieux. Nous le savons, si la notification est censée définitivement mettre un terme au bail commercial, dans les faits, tant que le locataire n'aura pas enlevé son stock, ses outils, son matériel et donc, plus généralement, tant qu'il n'aura pas libéré le local commercial, le bailleur devra parfois saisir la justice pour qu'il soit procédé à la restitution de celui-ci. Néanmoins, le locataire sera encore en position de contester cette expulsion et, éventuellement, de solliciter l'octroi d'un délai de grâce par le juge. Dans un tel cas, le bail commercial serait maintenu de force, en dépit des demandes du bailleur.

863. Précautions en cas de résolution invoquée par le preneur. – Lorsqu'en revanche la résolution sera invoquée par le locataire, les risques seront d'un tout autre ordre. Le locataire commerçant, souhaitant définitivement mettre un terme à son bail commercial, celui-ci ne lui permettant plus de continuer son exploitation décemment, aura en effet d'autres préoccupations à prendre en compte. La première d'entre elles consiste à s'assurer, avant tout, de ne plus avoir

²⁰³³ Lafond J., *ibidem*

²⁰³⁴ C. civ. Art. 1226

²⁰³⁵ Le délai est dans ce cas de figure égal à cinq ans, puisque, s'agissant de la résolution unilatérale du code civil, on n'applique pas la prescription du code de commerce mais assez logiquement celle du droit commun

à payer le moindre loyer, donc à pouvoir arrêter le paiement de celui-ci sans que cela ne puisse constituer une faute invocable par le bailleur.

A cet effet, le locataire ne devra pas se contenter de la dernière notification adressée à son bailleur. Il s'agira d'assortir celle-ci d'un acte attestant sa volonté de quitter les lieux, puis de faire dresser aussitôt un état des lieux de sortie. Le respect de cette formalité, lui permettra également de ne pas avoir à régler au bailleur une quelconque indemnité d'occupation. Rappelons qu'il a déjà été jugé que le simple fait de réaliser un état des lieux, avec son locataire, prouvait la volonté du bailleur d'accepter la rupture du bail commercial²⁰³⁶.

Toutefois, si le bailleur conteste la résolution du bail commercial et qu'un juge donne raison à cette contestation, les conséquences financières pourront être assez lourdes pour le preneur puisque celui-ci pourrait être forcé de payer à son désormais ancien bailleur le loyer commercial, malgré le fait qu'il n'occupe plus les lieux, le temps que le bailleur trouve un nouveau locataire²⁰³⁷.

864. Pertinence limitée pour le bail commercial ? – Rappelons que l'objectif, louable et pertinent, du législateur était de faire en sorte de permettre au « *créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès, et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite et dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers* »²⁰³⁸. Au vu de tout ce qui vient d'être souligné, il est permis de se demander si l'objectif est atteint. La question se pose, notamment au vu de certaines imprécisions, et de certains points que l'on peut, d'ores et déjà, considérer comme potentiellement très conflictuels. La compatibilité de l'article 1226 du code civil avec le droit des baux commerciaux ne fait aucun doute, certes, mais sa pertinence eu égard aux intérêts et enjeux, propres aux baux commerciaux, pose question.

Aussi, tout comme Monsieur Génicon, à propos d'une autre réforme, ne pourrions-nous pas nous risquer à dire que « *la résolution unilatérale ne sera pas forcément moins coûteuse, ni plus rapide, tout simplement parce qu'elle ne sera pas moins judiciaire* »²⁰³⁹ ? La rapidité apparente de ce mécanisme ne nous semble pas justifier de privilégier l'article 1226 aux autres actions possibles, notamment la résolution judiciaire classique prévue également par le nouvel

²⁰³⁶ CA Nîmes, 2 juill. 1991 : JurisData n° 1991-000749

²⁰³⁷ Vial-Pédroletti B., « Bail à loyer », fasc. 276, JCI Notarial Répertoire

²⁰³⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

²⁰³⁹ Génicon T., « La résolution du contrat pour inexécution », LGDJ, 2007, n°607, p.435, in Lafond J., *ibidem*

article 1217 du code civil. Celle-ci présenterait l'intérêt d'offrir plus de sécurité juridique aux parties, puisqu'une décision de justice a, au moins, autorité de la chose de jugée.

865. Possibilité de rééquilibrer le bail commercial. – Certains auteurs voient tout de même en cet article un intérêt pratique et une possible influence positive sur l'équilibre du bail commercial. En effet, Madame Auque considère que « *la résolution unilatérale pourrait présenter un intérêt pour les locataires commerçants, dont les baux comportent une clause résolutoire au profit exclusif du bailleur* »²⁰⁴⁰. Rappelons-le, notre étude a permis de rappeler que la clause résolutoire du bail commercial est quasi-systématiquement stipulée au profit du seul bailleur²⁰⁴¹. Nous nous rangeons, ainsi, derrière ce point de vue.

Cependant, l'article 1226 du code civil n'a d'aucune manière été prévu, pas de manière explicite en tout cas, comme étant d'ordre public. Dès lors, il est permis de penser que nous allons assister, dans les prochaines années, à la multiplication dans les baux commerciaux des clauses écartant purement et simplement la possibilité de résoudre unilatéralement le bail commercial. Cette pratique enlèverait toute possibilité aux preneurs de se défendre, face aux préjudices et dégâts engendrés par la perdurance de la relation contractuelle. Monsieur Lafond ne considère pas cette éviction conventionnelle possible. Selon l'auteur, même si « *le législateur est resté silencieux* », le simple fait que l'article 1226 ait vocation avant tout à répondre à des problématiques économiques, permettrait de déceler un ordre public économique. Il est, selon lui, nécessaire et indispensable que les parties puissent « *rompre les liens d'un contrat sans qu'il y ait à subir les lenteurs des procédures judiciaires de droit commun, ou sans qu'il y ait à appliquer les procédures contractuellement prévues, qui sont généralement et également sources de lenteur* »²⁰⁴².

866. La pratique, le temps et la jurisprudence apporteront, une fois de plus, toutes les réponses pratiques aux questions que suscitent l'article 1226 du code civil.

²⁰⁴⁰ Auque F. « Le temps et la réforme du droit des contrats, Incidences sur les baux commerciaux », *Loyers et copr.* n° 3, Mars 2017, dossier 5

²⁰⁴¹ *Supra* n° 832

²⁰⁴² Lafond J., *ibidem*

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

867. L'encadrement reste fondamental, mais la souplesse est une nécessité. – Dans cette seconde partie, il n'était absolument pas question de nier l'importance du contrôle du contenu, bien au contraire. La protection offerte par le législateur est, à ce titre, tout à fait légitime. C'est elle qui a permis au statut de perdurer aussi longtemps dans le temps. Nous constatons simplement l'impossibilité, découlant des règles fondamentales, de proposer aux bailleurs et aux locataires, en cas de nécessité, d'adapter véritablement leur bail commercial.

868. Le risque d'enfermer les parties dans un carcan néfaste économiquement. – C'est cette incapacité qui pourrait faire de ce statut, réputé depuis longue date comme étant rigoureux, un carcan néfaste économiquement. En conséquence, le législateur a su prendre en considération les enjeux économiques et contractuels de notre époque. Il s'intéresse au « contenu » même du contrat, avec la loi Pinel, ainsi qu'à la gestion de l'imprévisible, pour la première fois de manière clairement assumée, avec le lissage de l'augmentation du loyer.

869. Réaction du législateur, dans la recherche de l'adaptabilité du bail commercial, au détriment de la clarté de la loi. – Dans les dernières réformes, le législateur accepte, ainsi, les besoins de clarification et de prévisibilité. Il en oublie, cependant, les premières nécessités de sécurité juridique et d'efficacité auxquelles il était jusqu'à présent très attaché. Aussi, c'est l'imprécision des termes, l'absence de sanction, le doublons de certaines règles, la création de nouveaux sous-régimes, les effets pervers de certains mécanismes, qui sont majoritairement relevés par les auteurs, notamment dans les analyses de la loi Pinel de 2014.

A ce titre, une année après l'entrée en vigueur de la loi Pinel avait suffi à Monsieur Brignon²⁰⁴³ pour dresser le bilan de cette loi et apporter une réflexion sur la manière dont a procédé le législateur. Selon l'auteur, deux conclusions doivent être faites : « *le statut a profondément été bouleversé* » et « *la réforme est d'une complexité sans précédent* ». Il met en avant l'insécurité juridique « *tant pour les bailleurs que pour les preneurs* » en résultant. Nous constatons, en effet, que pour de nombreuses dispositions nouvelles, il existe une multitude d'interprétations différentes. La conséquence est la suivante : en pratique, comme en doctrine, parfois les spécialistes des baux commerciaux n'arrivent pas, eux-mêmes, à se mettre d'accord sur la signification de certains points de la loi.

²⁰⁴³ Brignon B., « La réforme des baux commerciaux par la loi Pinel : un an après », JCP E n° 22, 28 Mai 2015, 431
521

870. Absence d'innovation dans les réformes propres aux baux commerciaux. – Une autre remarque sur les méthodes d'élaboration de la loi peut être faite. On peut se demander, en effet, si l'intégration de la jurisprudence à la loi se fait de la meilleure des façons, à l'heure actuelle. Plus précisément, il peut être difficile de saisir quelle jurisprudence le législateur cherche à intégrer au statut. Un certain retard sur la dernière jurisprudence constante, a pu être constaté dans cette partie, alors que le législateur indique, justement, souhaiter intégrer celle-ci. Nous pensons, à ce titre, à l'insertion faite par la réforme de 2014 de la notion de « *catégories de charges* ».

En tant que potentielle source d'équilibre, des dernières réformes propres aux baux commerciaux nous ne retenons, principalement, que la proclamation du réputé non-écrit et l'imprescriptibilité en découlant. Par exemple, s'agissant du régime relatif à la répartition des travaux entre les parties, tout le régime, issu largement de la jurisprudence fondée sur l'obligation de délivrance, demeure pratiquement inchangé.

De plus, avec le réputé non écrit, nous décelons à nouveau, l'absence de prise en compte de l'importance de l'adaptabilité du contrat. En effet, en décidant de sanctionner les clauses illicites par le réputé non écrit, le législateur oublie une chose : il n'indique pas aux parties la « marche à suivre » afin d'apurer leur bail commercial en purgeant, celui-ci, de toutes ses clauses obsolètes. Pour Monsieur Monéger²⁰⁴⁴ c'est cela, particulièrement, qui est à même de montrer que « *la protection du locataire n'a pas réellement rééquilibré les baux commerciaux* ». Pour l'auteur, « *en ne prévoyant pas le principe de la renégociation des clauses qu'elle répute non écrites, elle impose au bailleur, qui n'entend pas s'en laisser conter, de refuser le renouvellement, puis, le cas échéant, de faire durer la procédure conduisant à la fixation de l'indemnité d'éviction, avant d'exercer le droit de repentir, et de poursuivre une nouvelle procédure en fixation du nouveau loyer* ». L'évolution, en ce sens, paraît improductive.

871. La contractualisation, nouvelle technique de protection. – La nécessaire adaptabilité des baux commerciaux ne viendrait, donc, pas des dernières réformes retouchant le statut. Seule la pratique des baux commerciaux, par la contractualisation du bail commercial et l'insertion de certaines clauses, notamment d'indexation comme les clauses-recettes, serait à l'heure actuelle susceptible d'amener la souplesse recherchée par les parties dans leur relation.

²⁰⁴⁴ Monéger J., « Le temps, l'imprévisible et le bail commercial », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 6
522

La contractualisation « *entendue comme une technique* », devient même un « *mode nouveau de protection* »²⁰⁴⁵, dans cette optique.

Au lendemain de la plus importante refonte du statut des baux commerciaux, les seules règles relatives à l'évolution du loyer (valeur locative, plafonnement, caractère « notable », appréciation en faveur du locataire...) montrent que tout reste plus ou moins identique. Cela nous semble, d'ailleurs, relativement grave, puisque notre développement a pu montrer une chose : actuellement, le loyer n'évolue, ni totalement favorablement au bailleur, ni totalement favorablement au locataire.

Nous considérons, en conséquence, que le paradigme de 1953 n'était probablement pas « *taillé pour accueillir toutes ces transformations, au gré des crises économiques* »²⁰⁴⁶. Le bail commercial n'est plus uniquement source de droits et obligations devant être répartis équitablement entre le bailleur et le preneur, sa fonction est d'organiser et de pérenniser une relation, particulière, qui n'a plus la mise en location d'un local pour seul objet ... Les enjeux, aussi bien pour le bailleur que pour le preneur, sont avant tout économiques. C'est, d'ailleurs, pour cette raison que le législateur a semblé vouloir prendre en considération cette évolution, en 2014, en choisissant, pourtant, de faire pencher la balance en faveur d'une seule des deux parties avec le mécanisme du lissage des augmentations de loyer.

872. La réforme du droit des contrats, source de souplesse et d'adaptabilité ? – Comme le soulignait Monsieur Monéger²⁰⁴⁷, « *les contractants ont besoin de certitudes. Lorsqu'elles n'existent pas, le contrat doit comporter des mécanismes de régulation des incertitudes, susceptibles de naître pendant la durée du bail et de ses successeurs* ». A ce titre, la réforme du droit des contrats, qui définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer des effets de droit* »²⁰⁴⁸ opère un changement de modèle.

Elle apporte de nouvelles solutions, de nouvelles sanctions, comme nous avons pu le démontrer dans cette deuxième partie. La nouvelle place de la bonne foi, aussi bien dans le précontrat que dans le contrat, pourrait également dissuader les parties de tout excès. La nouvelle place de

²⁰⁴⁵ Gatti L., « La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, p. 220

²⁰⁴⁶ Ibidem

²⁰⁴⁷ Monéger J., ibidem

²⁰⁴⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Art. 2

l'obligation essentielle, quant à elle, donnera probablement la possibilité à la Cour de cassation de réaffirmer, de manière ferme, toute la jurisprudence propre à l'obligation de délivrance.

Pour le reste, nous ne mesurons en 2018, évidemment, pas de quoi la jurisprudence de demain sera faite. Toutefois, nous pouvons percevoir quels vont être les points essentiels à surveiller de près, c'est ce sur quoi cette seconde partie a cherché à mettre la lumière. De tout cela, viendra peut-être le droit des baux commerciaux de demain. Celui-ci permettra, probablement, enfin de considérer le bail commercial, si ce n'est comme un partenariat commercial, au moins comme un contrat de collaboration, c'est-à-dire comme un contrat à « dimension humaine ».

CONCLUSION FINALE

« S'il existe en France un domaine où l'on ne s'ennuie jamais, c'est à n'en pas douter notre bon vieux statut des baux commerciaux »²⁰⁴⁹.

873. Cette présentation de l'équilibre du bail commercial, ou plutôt du nouvel équilibre du bail commercial, n'est pas exhaustive - il ne s'agissait d'ailleurs pas de notre objectif - mais elle permet de rendre compte des enjeux auxquels le statut ou, plus généralement, le droit des baux commerciaux est confronté. Et c'est par une approche duale de l'équilibre du bail commercial, que l'on peut déceler les faiblesses, ou carences, de ce droit spécial et, pourquoi pas, songer à la manière dont il faudrait combler celles-ci.

Cette analyse, que nous avons choisi de proposer en menant la réflexion sous des prismes différents, à savoir celui de la loi et celui du contrat, nous semble-t-il, pourrait constituer une piste de réflexion pour redonner au bail commercial cet équilibre, notion à la fois très élémentaire... et très impalpable. *« La tardivité de l'assimilation de la loi par les praticiens des baux commerciaux »²⁰⁵⁰* s'expliquerait, d'ailleurs, par la difficile appréciation de l'équilibre du bail commercial, eu égard aux impératifs issus des dernières réformes et, historiquement, attachés au statut. Monsieur Antoniutti relève, dans ses travaux les plus récents, outre l'imprécision des textes, *« les risques de l'atteinte à l'équilibre contractuel »²⁰⁵¹* émanant de l'absence de définition de la notion d'équilibre du bail commercial, alors que, par exemple, l'objectif de loi Pinel, selon l'intitulé de l'une de ses sous-parties, est de *« garantir l'équilibre des relations entre bailleurs et commerçants »²⁰⁵²*.

874. Equilibre fondamental et équilibre conventionnel. – Il pourrait nous être reproché d'avoir complexifié l'analyse de l'équilibre en dissociant « équilibre fondamental » et « équilibre conventionnel ». Cela a eu pour effet de densifier cette étude en étudiant, parfois, certains sujets aussi bien en première partie, qu'en seconde. C'est sans doute vrai, et cette approche, tant l'étude des interactions entre les éléments objectifs et subjectifs qui caractérisent l'équilibre du bail commercial, peut dérouter le lecteur. L'étonnement proviendra, probablement, également du fait que ces deux notions, distinctes, sont rarement retenues par la doctrine et nullement utilisées par le législateur.

²⁰⁴⁹ Dumur J.-P., « Après la loi Pinel, la loi Macron », Lexb. Hebdo A. n° 407, 8 janvier 2015

²⁰⁵⁰ Antoniutti A., « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 9

²⁰⁵¹ Ibidem

²⁰⁵² <http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0627.asp>

Cela n'est, selon nous, pas une complexification superflue, puisqu'il s'agissait particulièrement de faire ressortir la nature hybride de l'équilibre, et les combinaisons qui le caractérisent, pour comprendre autant ses intérêts idéologiques que pratiques, lesquels rejaillissent sur son régime, situé au croisement de plusieurs droits. Avec ce choix, nous espérons, en conséquence, mettre en lumière l'enjeu que constitue, pour les acteurs économiques que sont les bailleurs et les locataires commerciaux, l'assimilation et la compréhension des nouveautés issues des dernières réformes.

875. Le juste équilibre du bail commercial. – Le droit des baux commerciaux, à l'heure actuelle, parvient-il à atteindre l'objectif d'équilibre, et comment doit-on évaluer celui-ci ? Ce sont les questions auxquelles la thèse proposait de répondre. On perçoit bien l'incommensurable difficulté que cela représente. L'étude rend compte d'une chose : il existe une marge considérable entre la vision de l'équilibre du législateur et ce qu'est, en pratique, l'équilibre du bail commercial après mise en application des règles fondamentales du statut.

Ainsi exposées, nos observations témoignent du fait que, dans la pratique des baux commerciaux, le maintien permanent de l'équilibre n'est pas mince affaire. Dual par nature, l'équilibre des baux commerciaux est une équation à trouver entre le texte réglementaire et le texte conventionnel. Or, nous constatons une absence de coordination entre « l'équilibre fondamental » et « l'équilibre conventionnel » du bail commercial. La souplesse de la loi et la flexibilité du contrat, pouvant faire le lien entre ces deux équilibres, sont des pistes particulièrement intéressantes pour atteindre le « juste équilibre du bail commercial ». Il est possible de voir, en elles, une source de pérennisation du rapport contractuel « bailleur-preneur », ce qui, dans ce monde économique libéral et mouvant, donnerait au bail commercial une vitalité plus importante que celle résultant du statisme.

876. Certes, le statut des baux commerciaux laisse, toujours, une grande place à la liberté contractuelle et n'a pas freiné le développement du commerce en France. Néanmoins, par les rares retouches qui lui ont été apportées, législativement, parfois sans cohérence et vision générale, celui-ci n'a su évoluer que par d'autres retouches : ce sont celles, notamment, de la jurisprudence. Ces dernières, guidées par l'évolution de la pratique du bail commercial, ont donné, par exemple, naissance au « *bail investisseur* », au « *bail de centre commercial* » et au « *bail d'adhésion* ». Nous comprenons, ainsi, que la vision que l'on a, désormais, du bail commercial a beaucoup changé en ce début de XXI^e siècle.

Comme le disait Madame Thibierge-Guelfucci, « *le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer, en restant dans une certaine direction générale* »²⁰⁵³.

Notre vision contemporaine du bail commercial, est celle de la coordination entre une « enveloppe » et un « coffre ». L'enveloppe est celle de la lettre du contrat, élaborée par les parties que sont le bailleur et le preneur. Celle-ci doit leur permettre d'arriver à « destination », c'est-à-dire d'aller, au minimum, au bout de neuf années de collaboration, tout en leur permettant de faire face à toute sorte d'imprévu. Une fois rédigé, le bail commercial est un contrat imperturbable, immuable, qui s'impose autant à ses rédacteurs qu'aux tiers que sont le juge ou le législateur, à moins que le juge puisse intervenir pour faire évoluer le contenu du contrat, ou que le législateur élabore des réformes qui s'appliquent aux contrats en cours. Immuable, malgré les changements circonstanciels, le bail commercial est donc un coffre-fort. Il ne bougera plus, même affecté par le déséquilibre résultant des mauvais choix effectués par les parties, sauf s'il porte atteinte à l'ordre public ou aux dispositifs nouveaux réputant non écrite toute stipulation litigieuse. Indirectement, c'est finalement la force obligatoire du contrat qui met sous scellé le contenu du bail commercial.

Aujourd'hui, alors que la dimension humaine du bail commercial tend à être reconnue, celui-ci ressemble, de plus en plus à une « chose vivante »²⁰⁵⁴ et c'est ce qui amène certains à remettre en question l'unicité du statut, en souhaitant la création différents régimes, tel que cela se fait en matière de régimes matrimoniaux. Or, cette dimension humaine nécessite de collaborer. Et la collaboration amène bailleur et locataire à entretenir leur relation contractuelle, dans la bonne foi et dans la prise en compte de leur intérêt commun, à savoir la survie dans le temps du bail commercial.

Ce n'est donc pas la durée du contrat qui caractérise, fondamentalement, le bail commercial, mais bien son contenu. Nous parlions de cohérence, de substance, d'équilibre conventionnel. Tout cela n'est que la manifestation d'une chose : il s'agit de la volonté des parties. C'est bien celle-ci qui doit définir l'équilibre du bail commercial. Cet équilibre doit être garanti par les clauses conventionnelles et les mécanismes légaux, offrant la prévisibilité nécessaire à la pérennisation de celui-ci. Et, pourtant, si cet élément de stabilité est l'intérêt immédiat du

²⁰⁵³ Celle-ci, dans l'article cité précédemment, cite Demogue R., *Traité des obligations en général*, Tome 1

²⁰⁵⁴ Ripert G., « Le régime démocratique et le droit civil moderne », Paris, LGDJ, 1936, p. 304

commerce, nous avons eu l'occasion de l'affirmer : rien n'est plus difficile que d'assurer la pérennité de son contrat sur la durée.

877. Manière de réformer. – Pour revenir à la qualification de « loi imparfaite », que nous faisons dans notre étude, un élément a pu être mis en avant. Celui-ci, présent dans la deuxième partie, pourrait permettre de coordonner les deux équilibres que sont « l'équilibre fondamental » et « l'équilibre conventionnel » : il s'agit, selon nous, de l'apparente meilleure confection de l'ordonnance de 2016, réformant le droit des contrats, qui pourrait, à ce titre, pallier aux vides juridiques laissés par la loi Pinel de 2014, masquer certaines imprécisions et faire oublier que cette dernière loi n'a pas souhaité faire évoluer le statut, sur certains aspects, notamment l'évolution de l'activité, ou la difficulté d'obtenir gain de cause en mettant en application des mécanismes trop stricts.

Mais d'où pourrait venir cette différence d'« habileté rédactionnelle » ? Dans les tous premiers colloques, et premières conférences, menées avant l'entrée en vigueur de la « première version » de la réforme du droit des contrats, nous constatons l'émission d'une remarque. En effet, il était, régulièrement, possible d'entendre la chose suivant : « *heureusement que le Gouvernement a choisi de recourir à l'ordonnance, tant le projet est à la fois ambitieux et technique* ». Par conséquent, on peut se demander s'il s'agit d'accepter que « *l'amateurisme* »²⁰⁵⁵ rédactionnel soit chose parlementaire, dès lors que la réforme qu'il s'agit d'élaborer est infiniment technique, et s'il n'est pas, plus par rigueur que par facilité, pertinent de systématiquement recourir à l'ordonnance, pour de tels changements. Nous ne nous risquons pas à l'affirmer dans cette conclusion, mais la question peut néanmoins se poser.

Toutefois, on rencontre également dans la réforme de 2016, ratifiée en 2018, une difficulté pouvant, s'agissant de l'équilibre des clauses du contrats, amener au « *morcellement des contrats* »²⁰⁵⁶. Cette problématique renvoie à une réflexion plus générale sur la manière de légiférer. Il s'agit de l'impérativité ou du caractère supplétif des textes issus d'une réforme, c'est-à-dire de la présence d'un ordre public. L'étendue de celui-ci n'est, parfois, pas clairement définie par le législateur qui, bien qu'attribuant textuellement une nature d'ordre public à certaines dispositions de sa loi, ne parvient pas à empêcher l'apparition de ce que Monsieur Pérès appelle « *l'ordre public virtuel* »²⁰⁵⁷. L'auteur constate, qu'aujourd'hui, « *la distinction*

²⁰⁵⁵ De La Vaissière F., « Faut-il sauver le soldat « ALUR » ? », AJDI n° 565, 27 septembre 2014

²⁰⁵⁶ Delpérier J.-M., « L'équilibre des clauses du contrat : vers un morcellement des contrats ? », JCP N n° 47, 20 Novembre 2015, 1209

²⁰⁵⁷ Pérès C., « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP G 2016, act. 454

du supplétif et de l'impératif ne recoupe pas exactement celle du permis et de l'interdit ». C'est là toute la complexité des degrés d'impérativités.

Pendant longtemps, il était question, comme a permis de le montrer la première partie de cette thèse, de rechercher l'esprit du texte, la volonté du législateur, afin de savoir si l'on était en présence d'un ordre public de protection ou de direction. Nous avons pu relever que cette distinction est, aujourd'hui, remise en cause ce qui, combiné avec les nombreuses exceptions que prévoient certains textes et mécanismes légaux, crée le caractère « virtuel » de l'ordre public. Nous regrettons que l'ensemble des dernières réformes soient concernées par cette préoccupation qui *« produit, en fait, de l'insécurité juridique, puisqu'il est quasiment impossible de déterminer avant que la Cour de cassation se soit prononcée, quelles sont les clauses licites ou illicites »*²⁰⁵⁸...

878. Avenir du statut face à l'idée d'un droit européen des baux commerciaux. – Enfin, il peut paraître étrange de ne pas plus s'interroger, aujourd'hui, sur l'hypothétique remise en cause du statut des baux commerciaux français, par les volontés, toujours plus fortes, d'harmonisation européenne. Pourtant, *« le commerce est européen et les grandes libertés créées par les traités au fil du temps conduisent à homogénéiser les pratiques commerciales et les modalités des investissements, même immobiliers »*²⁰⁵⁹. L'harmonisation sera, demain, la préoccupation de tous ceux qui espèrent que les règles juridiques, en étant les plus solides possibles, puissent contribuer à *« l'efficience économique »*. Mais la tâche ne sera pas aisée. En effet, chaque Etat européen possède, en vérité, sa propre culture et philosophie de l'encadrement locatif (commercial).

A ce titre, même si des regroupements sont possibles, on constate que la Belgique n'a jamais voulu étendre le champ d'application de son statut des baux commerciaux. Seuls les boutiques et les hôtels sont ainsi régis par ce le statut belge. On s'aperçoit, également qu'en Belgique, comme en Italie, la question de la coordination des règles spéciales et générales ne se pose pas. Le législateur a su faire en sorte que n'existent, ni les doublons, ni les conflits de textes. C'est, selon Monsieur Monéger, ce que l'Allemagne fait *« depuis plus de cinquante ans »*²⁰⁶⁰. L'Espagne, comme les Etats de l'est de l'Union européenne, ainsi que l'Italie depuis peu, ont

²⁰⁵⁸ Délperier J.-M., *ibidem*

²⁰⁵⁹ Monéger J., « La bizarre idée d'un Code européen des baux commerciaux », *Loyers et copr.* n° 4, Avril 2009,

⁴
²⁰⁶⁰ *ibidem*

abandonné l'idée d'édicter des règles impératives pour régir les baux commerciaux et semblent, en conséquence, « *connaître une rénovation du tissu immobilier* ».

La France, adepte de l'interventionnisme, et bien qu'attachée à l'unicité de son statut, n'a eu de cesse d'étendre le statut. C'est, d'ailleurs, l'un des principaux éléments que cette thèse a souhaité pointer du doigt. Il est, selon nous, anormal que les petits commerces de centre-ville, les boutiques de galerie marchande, ou les immeubles de bureaux, se voient appliquer le même régime locatif. C'est, en partie, la cause de la multiplication des sous-régimes, au sein du statut ou en marge de celui-ci. Mais cela risque d'être un problème, dans la perspective de la construction d'un tel droit européen des baux commerciaux. Dans une telle optique, le statut français paraîtra, rapidement, inadapté. Evidemment, le régime français ne sera pas seul concerné et c'est, au niveau européen, une réflexion globale qu'il s'agira de mener, à titre préparatoire, sur la manière de coordonner les différentes philosophies juridiques et culturelles dans le domaine commercial et économique. Selon certains auteurs, le résultat de ces approfondissements sera, inéluctablement, le suivant : la seule possibilité d'obtenir, un jour, un droit des baux commerciaux harmonisés, est de recourir au « *seul droit commun adapté : celui du contrat* »²⁰⁶¹.

879. Il s'agit, ainsi, de patienter jusqu'à la création d'un droit du contrat européen. D'ici là, le statut des baux commerciaux a, probablement, encore de belles années devant lui. Par conséquent, quelles que soient les doutes sur le réel équilibre du bail commercial après les dernières réformes et, puisque le concept d'équilibre sera désormais vital, si certaines des réflexions faites et certaines des modifications pratiques suggérées dans cette thèse sont reprises, nous considérerons que notre travail peut s'avérer utile.

²⁰⁶¹ Ibidem

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités et manuels

Carbonnier J., « Droit civil, Introduction », Thémis, P.U.F., 25e éd., 1997

Cornu G., « Vocabulaire juridique », PUF, 11eme édition, 2016

Demogue R., Traité des obligations en général, Tome 1

Grenier J., « Nouveau lexique », Fata Morgana, 1969, 54 pages

Blatter J.-P., « Traité des baux commerciaux », 6^e éd., Référence juridique, Ed. Le Moniteur

Guillien R., Vincent J., « Lexique des termes juridiques », 17^e édition 2010, Dalloz

Rendu A., « Traité de morale », 1834

Rolland H. et Boyer L., « Adages du droit français », 4^e éd., LGDJ, 1021 p., 1999

Thaller E., « Traité élémentaire de droit commercial », A. Rousseau (Paris), 1898

Van Ommeslaghe P., « Traité de droit civil belge », Tome II : Les obligations. Volumes 1 à 3

Encyclopédies, Répertoires, Rapports, Sites et Veilles numériques

Armand L., Rueff J., « Rapport Armand-Rueff sur les obstacles à l'expansion économique », Imprimerie nationale 1960

Auboyer-Treuille R., « Bail Commercial : Précisions Sur Les Clauses Limitatives Ou Exclusives De Responsabilité », Village-justice, 30 nov. 2009

Auguet Y., « L'équilibre contractuel dans le Code civil », Village-justice, 1er décembre 2017

Baou L., « Loi Pinel - Baux Commerciaux », Village-Justice, 20 Août 2014

Cedras J., « Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel 2003, doc. fr., 2004.

Département DCPITI, « Réforme du droit des contrats : adoption en deuxième lecture par le Sénat du projet de loi de ratification de l'ordonnance », Fidal blog, avis d'experts en droit des affaires, 16/02/18

Derrupé J., in « Fonds de commerce », Encyclopédie Dalloz : Rép. com.

Dondero B., « La réforme du droit des contrats : suite et normalement fin », Le blog du Professeur

Dumont-Lefrand M.P., « Baux commerciaux », Encyclopédie Dalloz : Rép. com.

Flash Defrénois,

- « Le projet de loi sur l'artisanat, le commerce et les TPE est déposé » Defrénois, 15 septembre 2013 n°17, P.879
- « Loyer commercial : sort des clauses de renonciation à la révision par le preneur », Defrénois n°16, 24 avril, 2017, p.1
- « Enregistrement, Defrénois n°16, 24 avril 2017, p.1
- « Loi de ratification de la réforme des contrats », n°17, avril 2018, p.1

François J., « Les ordonnances Macron sont le fruit d'une lutte entre le législateur et le juge », DP 18 décembre 2017

Garbit P.,

- « Suppression de la référence à l'équité et le maintien d'un double secteur des valeurs locatives », Lamy Droit commercial, 1481
- « Baux commerciaux et bonne foi », Lamy Droit commercial, déc 2003

Goyard S., Jacques F., « Le droit, le juste, l'équitable », Salvator, 07/2014, 314 p.

Inspection générale des finances, N° 2016-M-022, « rapport sur la revitalisation commerciale des centres-villes », Sous la supervision de Alain LECOMTE Président de la section HCSDT du CGEDD, juillet 2016

Januelle P., « La commission mixte paritaire trouve un compromis sur le droit des contrats », DP civil Contrat et obligations, 15 mars 2018

Lafond J.,

- « Bail initial – Formules », JCI, Fasc. 3010, 1er Janvier 2015
- « Statut des baux commerciaux, Présentation », JCI, Fasc. 10, 4 Avril 2016

La Quotidienne,

- « L'actualité de la clause d'indexation dans les baux commerciaux par Me Legrix de la Salle », Ed. Fr Lefebvre, IMMOBILIER, 18 févr. 2016
- « Entrée en vigueur de la réforme de la réforme du droit des contrats », Ed. Fr Lefebvre, AFFAIRES- Contrats, 25 avril 2018

Lamyline, « L'article L. 442-6 du code de commerce non applicable au bail commercial », Documentation Expresse, N°2018-06, 26 mars 2018

Lecomte A., « Rapport la revitalisation commerciale des centres-villes », Inspection générale des finances n°2016-M-022, Conseil général de l'environnement et du développement durable n°010404-01, juillet 2016

Le Lamy Baux Commerciaux, Droit Commercial, WKF, Wkf.fr

Leterre T., « Rougier et le problème de la cohésion sociale », Philosophia Scientiæ, CS7, 2007

Machinet G., « Baux commerciaux et obligations essentielles : le contrôle du juge renforcé », lexplicité.fr, 3 mars 2017

Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », J.Cl. 1999, p.603
534

- M.H.**, « La loi des parties, limite à l'intervention du juge au nom de la bonne foi », Dalloz-etudiant.fr, droit des obligations
- Pelletier P.**, « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Ministère de la justice, Avril 2004
- Picod Y.**, « Effet obligatoire des conventions - Exécution de bonne foi des conventions », Fasc. unique : CONTRATS ET OBLIGATIONS, J.CI, MAJ 19 Avril 2017
- Pillet F.**, Rapport n° 22 (2017-2018), commission des lois, 11 octobre 2017, Sénat session ordinaire de 2017-2018
- Pourtau S.**, « Réforme de la justice : les derniers ajustements connus », actualité du droit, WKF, 21 septembre 2018
- Répertoire Lexis**, « BAIL COMMERCIAL. Loyer. Révision du loyer. Clause d'échelle mobile », Fasc. 1415, J.CI Notarial
- Revet T.**,
- « L'ordre public à la fin du XXe siècle », E. D. 1996
 - « Cours de droit civil. Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats », PUF, 2014, p. 33
- Rosa F., avec Dondero B.**, in « MOOC Droit des contrats », Vidéo S3.4
- Rougier A.**, « Essais Philosophiques et Esoteriques », Les Trois R, Broché, 1 janvier 2017
- Sauphanor-Brouillaud N.**, « Clauses abusives », rep civ. D., spéc. n°34 et s.
- Sériaux A.**, « La propriété droit fondamental » in « Propriété », ED 2016
- Seube J.-B.**, « Les conditions de validité du contrat : le contenu et la forme du contrat », UNJF, 2014
- Veille Lexis**, « Entrée en vigueur de la nouvelle faculté du preneur de résilier le bail », JCP N n° 25, 24 Juin 2016, act. 784
- Veille D.**, « Le bail commercial échappe à l'application de l'article L. 442-6, 2° du Code de commerce relatif au déséquilibre significatif », 26 mars 2018 DROIT DES OBLIGATIONS, Dalloz-etudiant.fr
- Velin V.**,
- « Bail commercial : le refus d'ajouter une activité connexe ou complémentaire n'a pas à être motivé », Ed. FR Lefebvre, la Quotidienne, 5 avril 2017
 - « Bail commercial : seul le bailleur peut se prévaloir de la clause résolutoire stipulée à son profit », Ed. FR Lefebvre, La Quotidienne, 24 mai 2017
- Verdier F.**, Rapport N° 1739 sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (n°1338)
- Vermot-Gauchy E.**, « Le droit au renouvellement du locataire, comme transcendant le simple droit personnel mobilier », Publication Faculté de droit de Saint-Etienne, 2 avril 2013

Vial-Pédroletti B., « Bail à loyer », fasc. 276, JCI Notarial Répertoire

De Vincelles C., « Jouissance du locataire par l'intermédiaire du bailleur » in « Bail », ED, juillet 2014

Ouvrages spécialisés, thèses et monographies

Aubert J., « La fixation des loyers commerciaux : la pratique judiciaire dans les ressorts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et du Tribunal de Grande Instance de Marseille », Thèse de l'Université d'Aix-en-Provence, 1976, p. 13

Auque F., « Les baux commerciaux, théorie et pratique », LGDJ, n° 210, 1996

Aynès L., « Crise économique et rapports de droit privé », PUF 1997, p. 57

Bagnérès M.P., « Les modifications du loyer du bail commercial », thèse de doctorat sous la direction de Louis Rozes, 1995, Université Toulouse 1 Capitole

Battifol H., « La “crise du contrat” et sa portée », Archives de philosophie du droit, Sirey, 1968, p. 13-30

Bénabent A., « Droit des obligations », 26 sept. 2017, Lextenso

Blanluet G., « Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français », LGDJ, 6 mai 1999, 492 p.

Boisman C., « les contrats relationnels », Aix-en-Provence, PUAM, 2005

Borestel-Lill J., « Essai sur une théorie relationnelle du contrat », Thèse de doctorat, Droit privé, Paris I, 2008

Brunot C., « La solidarité sociale comme principe des lois », compte-rendu Académie des sciences morales et politiques, 1903

Chantepie G., « La réforme du droit des contrats en pratique », Latina, Dalloz, 2017, p. 85

Chaoui H., M.-O. Vaissié, « Les baux commerciaux après la loi Pinel », 17 septembre 2015, Lexisnexis, p. 178

Chazal J.-P., « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », Ecole droit, Lyon, 2014

Clay T., « Le modèle pour éviter le procès, Code civil et modèles. Des modèles au Code et du Code comme modèle », LGDJ, 2005. 51

Collectif Alliance,

- « Du bail commercial : plus de règles, ou plus de liberté ? », Alliance du commerce, PROCOS, Paris 2016
- « Bilan économique et juridique : à qui profite la loi Pinel ? », Alliance du commerce, PROCOS, Paris 2016

Collectif d'auteurs,

- « Droit et pratique des baux commerciaux 2015-2016 » E.D., n° 359 *in fine*
- « Droit et pratique des baux commerciaux 2017/2018 », 4e édition, E.D.
- « Droit et pratique des baux commerciaux 2018/2019 », 5e édition, E.D.

Collectif d'auteurs, « États généraux des baux commerciaux », ed. Litec, juin 2014

Collectif Le particulier, « Le bail commercial et professionnel » 2° édition, Particulier et fiances éditions, 2012, p. 46

Dahmani L., « Les stratégies du bailleur pour aborder le renouvellement du bail commercial », Université Catholique de Lille, 2011

Derrupé J., « La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance », thèse, Toulouse, 1952

Dissaux N., « Réforme du droit des contrats (...) », E.D., 2016, p. 14

Fabre-Magnan M., « Droit des obligations », PUF, coll. Thémis droit, 2016 p.745

Fin-Langer L., « L'équilibre contractuel », LGDJ, 2002

Gatti L., « La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne », Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, p. 220

Gaudement V.S., « la clause réputée non écrite », Economica, 2006

Genicon T., « La résolution du contrat pour inexécution », 2006, LGDJ, P.107

Ginossar S., « Droit réel, propriété et créance, 1960, LGDJ

Goyet C., « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », Paris, LGDJ, 1983, p.195

Guinchard S., « Droit processuel », 3° éd., 2005, n° 609

Hauser J., « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », L.G.D.J., 1971

Houtcieff D., « Le principe de cohérence en matière contractuelle », Thèse de doctorat en Droit privé, Sous la direction de Horatia Muir Watt., Soutenue en 2000 à Paris 11

Jamin C.,

- « Le contrat au début du XXIe siècle », Etudes J. Ghestin, LGDJ 2001, p.441
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », LGDJ 2001, p. 441
- « La nouvelle crise du contrat », collection Actes, thèmes et commentaires, Dalloz, 30 janvier 2003

Jeuland E., « La fable du ricochet. Approche juridique des liens de parole », Mare & Martin, Droit & science politique », 2009, p. 52 et s

Josserand E.-L., « La protection des faibles par le droit », Evolutions et Actualités, Sirey 1936, p.159

Kelsen H., « Théorie pure du droit », Éd. de la Baconnière, Neuchâtel, 2e éd. 1988

Kendérian F., « Le sort du bail commercial dans les procédures collectives - Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires », 4e éd. 2015, LexisNexis, coll., Droit & Professionnels

Lamoureux M., « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants », PUAM, 2006.

Lardeux G., « L'équilibre du contrat », Aix Marseille Université, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012

Le Floch P., « Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles », Paris, LGDJ, 1986, 322 pages.

Lequette S., « Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », thèse Paris 2, Economica, 2012

Lorvellec L., « Droit rural », Masson, 1987, 552 p., Coll. Droit SE

Malaurie P., « L'effet pervers des lois », Droit civil, procédure, linguistique juridique, PUF, 1994, p. 309

Malinvaud P., Fenouillet D., « Droit des obligations », 12e édition, LexisNexis 2012

Mazeaud D., « Le Code civil, un passé, un présent, un avenir », E.D., 2004, n° 23, p. 463

Mazeaud D. et Jamin C., « Les clauses abusives entre professionnels », Economica, p.157

Mbotaingar A., « Statut des baux commerciaux et concurrence », Litec, décembre 2007

Mercadal B., Mémento Droit commercial 2018, Ed. FR Lefebvre, 11 avril 2018, 1728 pages

Mestre A., « Lettre à Josserand », ADR, 224 J 31, Fonds Louis Josserand

Miron E., « Le statut des baux commerciaux à l'épreuve des réalités économiques », L'Harmattan, Master études juridiques, Les Cahiers du CeFap, 2015, 198 pages

Monéger J., « Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques : Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques », Litec, Le Droit des Affaires, 2011

Nicod M. et Grunbaum L., « Le solidarisme contractuel », Economica, LGDJ, Etudes juridiques, 2004

Nogler L., Reifner U., "Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law", Eleven International Publishing, La Haye, 2014

Oppetit B., « Droit et économie », Sirey, coll. Archives de philosophie du droit, 1992

Pelletier P., « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, avr. 2004

Planckeel, F., « Cours de droit commercial et des affaires 2017-2018 », 3^e édition 2017-2018, Gualino

Ripert G., « Le régime démocratique et le droit civil moderne », Paris, LGDJ, 1936, p. 304

Rozes L., « Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué », LGDJ, Bibl. Droit privé 144, 1976

Ruet L., « Les baux commerciaux », 4^e édition, 2017, Defrenois

Saint-Alary-Houin C., « Le droit de préemption » LGDJ, 1979

Teffo F., « L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés » Dalloz, 2014, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 139

Troplong T., « Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage », 1840, p. 488

Mélanges

Derrupé J.,

- « Souvenir et retour sur le droit réel du locataire », in Mélanges Boyer, PU Toulouse, 1996, p. 169 ;
- « L'immatriculation du locataire commerçant au registre du commerce et des sociétés », Mélanges offerts à M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 561

Hayat M., « Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain, hommage à Yves Chaput », LexisNexis, Creda, 2014

Jauffret A., « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in Études offertes à G. Ripert, PU. Aix-Marseille, 1974, p. 231

Le Floch P., « Propriété commerciale et distribution intégrée », in « Mélanges C. Champaud », D., 1997, p.405

Mazeaud M., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Mélanges F. Terré, 1999, p. 603

Normand S., « Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial », Ed. Laval, 17 août 2006

Etudes, articles et chroniques

Albiges C.,

- « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », AJ Contrat 2017, 12 juin 2017, p.248
- « Action en nullité du contrat de bail commercial à la suite du dol commis par le preneur professionnel à l'encontre du bailleur profane », GP n°20, p.34

Amrani-Mekki S., « L'ambition procédurale du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », GP n°167, 2015

Ancel P.,

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771
- « Imprévision et bonne foi en droit québécois », RDC n°03, 2017, p.546

Andjehairi-Tribillac S., « Bail commercial - La légitimité de la clause de non-concurrence dans les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 12, Décembre 2016

Andreu L., « Présentation générale », AJ contrat 2018, p.252

Andrich I., « Baux commerciaux : analyse et portée de la jurisprudence », Defrénois n° 31-33, décembre 2017, p. 40

Antoniutti A., « L'impact de la loi Pinel sur les baux en cours », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 9

Anzema, Mutelet, Prigent, « Les baux commerciaux », RDL octobre 2010, Lamy, p. 1

Archambault L., « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? », GP n° 18, 2017

Aubert J.,

- « Les difficultés d'un équilibre », D. 1986. Chr. p. 247
- « L'avenir des baux commerciaux », RDL1988, p. 305

Aubry de Maromon C., « Du caractère essentiel de l'obligation de délivrance du bailleur Commentaire », JCP E n° 13, Mars 2018, 1168

Auque F.,

- « Rapports locatifs : l'équilibre introuvable », JCP G n°50, 1989, I, 3421
- « Le départ anticipé du preneur à bail commercial », RDI 1997, p.39
- « Baux commerciaux : la compétence recomposée ? », JCP 1999, p. 249
- « Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000. 478
- « La codification des baux commerciaux à droit presque constant », JCP E 2000, p. 1729
- « Le bricolage par la loi MURCEF du statut des baux commerciaux », JCP G 2002, act. 18
- « Quelques remarques critiques sur les propositions de réforme du statut des baux commerciaux présentées par l'UNPI », RDL n° 839, 1er juillet 2003
- « Décret de 1953 : Une réforme est-elle souhaitable ? », RLDA n°66, 2003
- « Les propositions de réforme du statut des baux commerciaux », JCP G n° 30, Juillet 2004
- « Les particularités d'application du régime des BC dans les centres commerciaux », RDI n°6, 2007, p.497
- « Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ? », AJDI août 2007, p. 536
- « Réforme de la prescription et droit des baux commerciaux », AJDI 2009, 11 mai 2009, 344
- « L'adaptation Du Bail Aux Contraintes Économiques », RLDA 2012/12 n°77
- « Retour du juge par la loi ? L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil », AJDI 2016 p.184
- « Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016

- « Réforme du droit des contrats et baux commerciaux : premier bilan », AJDI 2017, p.410
- « Le temps et la réforme du droit des contrats - Incidences sur les baux commerciaux », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 5
- « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », D. 2018, p.423

Aynes L.,

- « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? » : RDC 2016, hors-série, p. 14 et s.
- « Le contrat, loi des parties », Cahiers du CC. n° 17, mars 2005

Barbier H.,

- « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », RTD civ. 2013. 832, 30 décembre 2013
- « Pas de réputé non écrit partiel ? », RTD civ. 2013, 836
- « La violence par abus de dépendance », LSDD n°15, 11 avril 2016, p.722
- « Nullité de la condition portant sur les éléments essentiels du contrat », RTD civ. 2016. 122
- « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », RTD civ. 2017, 383
- « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », RTD civ. 2017, 858
- « Quand une clause réputée non écrite redevient écrite à la faveur d'une cession de contrat », RTD civ. 2018, 116

Barbier J.-D., Brault C.-E.,

- « Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux », GP, 18 août 2015
- « La réforme du statut des baux commerciaux par la loi du 18 juin 2014 » GP spécial n° 220, août 2014
- « Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux », GP, 1 mars 2016

Barbier J.-D., Jacquin A., et Brault C.-E., « Commentaire des propositions de réforme des baux commerciaux et professionnels » GP n° 274, septembre 2004, p. 3

Barbier J.-D.,

- « La réforme de compétence en matière de baux commerciaux », GP 1999, p.2
- « Le loyer entre plafond et marché », AJDI 2000, p.495
- « La réforme sans forme », GP n°40, février 2002, p.5
- « Contre la décapitalisation », GP n°40, février 2002, p.10
- « La nouvelle valeur locative », GP n°71, 12/03/2011, p.9
- « Les inquiétantes conséquences d'une définition contractuelle de loyer en fonction des seuls prix du marché », GP n°182, 30/06/2012, p.9
- « Projet de loi. .. yer », GP, 26 nov. 2013, p.9
- « Plafonnement du loyer : quel calcul ? », GP n° 329, 25 novembre 2014, p. 12
- « Réforme du 18 juin 2014 », GP n° 221, 2014, p.11
- « Le statut des baux commerciaux », GP n°221, 09 août 2014, p.11
- « Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », GP n° 189k6, 9 août 2014, p.47
- « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : l'obligation essentielle », GP n°25, 5 juillet 2016, p.23
- « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », GP n°25, 5 juill. 2016, p. 55
- « Centres commerciaux, relou le re-looking », GP n°09, mars 2016 , p. 63
- « Le calcul du plafonnement face à l'inadéquation des indices », GP n°11, 4 mars 2017, p. 57

- « Stratégies disruptives : simplifiez-nous le cross canal », GP n°26, juillet 2017, p.46
- « Déplafonnement : appréciation souveraine du caractère notable par les juges du fond », GP n°26, juillet 2017, p.65
- « Des travaux de mise en conformité relèvent de l'obligation de délivrance », GP n°26, juillet 2017, p.55
- « Le loyer commercial entre désordre contractuel et ordre public », GP n°11, 2017, p.53

Barthez A., « Contrats et obligations - Droit des contrats - Chronique sous la direction de Jacques Ghestin », JCP G n° 3, 17 Janvier 2011

Battistini P., « Présentation des modifications apportées au statut des baux commerciaux par la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises », GP n° 191, 2014, p. 7

Baverez J., « Révision judiciaire du loyer commercial : épilogue parlementaire d'une chronique judiciaire », D. 2002, p. 195

Behar-Touchais M.,

- « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Rapport introductif », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.3
- « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Conclusion », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.68
- « Qu'est-ce qu'un partenaire commercial ? », L. dist. Conc. n°11, 01/12/2017, p.2

Beignier B., « La clause abusive aux frontières du droit des assurances et du droit de la consommation », D. 2018. 836

Bélinguier-Raiz E., « La lutte contre la crise par la réforme des baux commerciaux », AJDI 2016, 110

Belot P.,

- « Propriété commerciale. Le droit de la consommation et droit européen de la concurrence », Rev. Adm. juillet 1999, p. 8 et s.
- « Soixante-treize ans de propriété commerciale », GP n°4, janvier 2000, p. 58

Bénabent A., « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 2016, 434

Berrebi G., « Vers un renouveau de l'article 606 du code civil ? », AJDI 2016, 826

Beviere B., « Le droit au bail du locataire commerçant : une spécificité française désuète ? », LPA n° 67, 1999, p.4

Bézert A., « L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant : le débat est (re)lancé ! », RLDC n° 156, février 2018

Blanc N., « Le juge et les standards juridiques », RDC n° 02, 2016, p. 394

Blatter J.-P.,

- « La nouvelle compétence juridictionnelle en matière de baux commerciaux », AJDI 1999, P.670
- « D'un effet à l'autre ou de la révision à l'indexation », AJDI 2001, p. 953
- « L'ordre public du statut des baux commerciaux », AJDI 2003, p.396

- « Liberté contractuelle dans la rédaction des baux commerciaux et modes alternatifs de règlement des conflits », AJDI 2003, p.921
- « Modernisation du statut des baux commerciaux » AJDI 2004, p. 344
- « Saisine facultative de la commission de conciliation », AJDI 2010, 633
- « Bail commercial et clauses-recettes : une adaptation financière à l'évolution de l'économie ? », AJDI 2011, 615
- « Commentaire du projet de loi Pinel », AJDI 2014, p.118
- « De quelques idées originales ou non relatives à l'application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 », AJDI n° 741, 2014
- « Le décret n°2014-1317 du 3 novembre 2014 pris pour l'application de l'article L.145-40-2 du code de commerce et autres variétés », AJDI 2014, p. 751
- « De la suite dans les idées ? », AJDI 2015, p. 157
- « Condition de la révision du loyer sur le fondement de l'article L. 145-38 », AJDI 2015, p.767
- « Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle, Mars 2015-Mars 2016 », AJDI 2016, 882
- « L'éviction ou le retour du juge ? », AJDI 2016, 170
- « Deux ans d'existence de la loi Pinel », AJDI 2016, 410

Boccara B.,

- « La déspecialisation partielle », JCP E. n° 06, février 1986
- « Un statut des baux commerciaux, pour quelles raisons ? », AJDI 2000., 493
- « Valeur locative : appréciation souveraine des juges du fond », AJDI 2015, p. 434

Boffa R., « La révision et la résiliation pour imprévision », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 12

Bolland-Blanchard A., « Croyez-vous que cela puisse durer ? », Vie jurid., 8 novembre 2014, p. 58

Botte J.G., « Loi Pinel et bail commercial : quel rôle pour le notaire ? », JCP N n° 15, 15 Avril 2016, 1123

Bourassin M., « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », LPA n° 261, 2016, p.9

Bouyeure J.-R. Barbier J.-D., « Le monde à part des centres commerciaux », Administrer juill. 2003, p. 21

Brault C.-E.,

- « Le statut des baux commerciaux et le plan d'action gouvernemental pour le commerce et les commerçants », GP n° 215, août 2013, p. 7
- « Décisions récentes », GP n° Spécial Droit Des Baux Commerciaux, 22 Novembre
- « Les congés à échéance triennale et l'application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », GP n° 25, 2016, p. 60.
- « Les remèdes à l'inexécution du bail commercial », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 13
- « Le calcul du plafonnement face à l'inadéquation des indices », GP n°11, 2017, p. 57
- « Révision et modification matérielle des facteurs locaux de commercialité », GP n° 11, mars 2017, p.66

Brault P.-H.,

- « Baux commerciaux, le loyer variable, la valeur locative et les pouvoirs du juge », Loyers et copr. juin 1993
- « La codification du statut des baux commerciaux », GP 25 et 26 oct. 2000, p. 4
- « Révision : le Parlement et le Gouvernement confrontés à la jurisprudence », Loyers et copr. juill.-août 2001
- « Loyers de comparaison et fixation du loyer », Loyers et copr. 2010, Etude 7
- « À propos de l'indice des loyers des activités tertiaires "ILAT" », Loyers et copr. févr. 2012, p. 3
- « Bail commercial : analyse de la portée des dispositions du décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 18 juin 2014 », Loyers et copr. n° 12, Décembre 2014
- « Loyer du bail renouvelé », JCP E n° 47, 19 Novembre 2015, 1569
- « Premier bilan après l'entrée en vigueur progressive de la loi du 18 juin 2014 et du décret du 3 novembre 2014 », Loyers et Copr. n° 9, 2016, étude 12
- « Les remèdes à l'inexécution du bail commercial », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2016
- « Fixation du loyer », Loyers et copr. n°4, avril 2017, comm. 81
- « Sur la pérennité des clauses et conditions générales du bail échu en cas de renouvellement sous l'empire des dispositions de la loi Pinel », Loyers et copr. n°3, mars 2017, dossier 2
- « Révision du Loyer », Loyers et copr. n°4, Avril 2017, comm.82
- « Charges exorbitantes et loi Pinel : à propos de l'impôt foncier », Loyers et copr. n° 9, Septembre 2017
- « Caractère licite et portée de la restriction conventionnelle », Loyers et copr. n° 5, Mai 2018, comm. 121
- « Sur la fixation du loyer de base en renouvellement à la valeur locative en présence d'un bail à structure binaire », Loyers et Copr. n° 9, Septembre 2018, 200

Brena S.,

- « Les nouveaux enjeux juridiques et financiers des charges et travaux dans le statut des baux commerciaux », RDL n° 973, 1er janvier 2017
- « L'application du statut des baux commerciaux exclut celle de l'article L. 442-6 du code de commerce », RDL n°973, 1^{er} janvier 2017

Brignon B.,

- « Définition de la clause d'échelle mobile et jeu de l'article L. 145-39 du Code de commerce relatif à la variation de plus du quart du loyer », JCP E n° 27, 3 Juillet 2014, 1372
- « Facteurs locaux de commercialité et déplafonnement du loyer », JCP E n° 4, 22 Janvier 2015, 1045
- « Les baux commerciaux depuis la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 13
- « La réforme des baux commerciaux par la loi Pinel : un an après », JCP E n° 22, 28 Mai 2015, 431
- « Du réputé non écrit et de l'application dans le temps de la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 17
- « 3 QUESTIONS La réforme des baux commerciaux par la loi Pinel : un an après », JCP E n° 22, 28 Mai 2015, 431
- « Les baux commerciaux et les ventes de fonds de commerce après la loi Macron », JCP E n° 41, 8 Octobre 2015, 1484
- « Cession du bail commercial : impossible d'ériger en condition suspensive la signature d'un nouveau bail ! », JCP E n° 50, 10 Décembre 2015

- « Bail commercial - Compétence du TGI en matière de baux commerciaux : quand le déséquilibre significatif perturbe un peu la compétence juridictionnelle matérielle ! », JCP E n° 47, 24 Novembre 2016, 1629
- « Les baux commerciaux au carrefour des droits », Loyers et copr., 1^{er} oct. 2017

Brisard P., « Les Spécificités Rédactionnelles D'un Bail Commercial En Galerie Marchande », JCP N n° 13, 29 Mars 2002, 1226

Bus J.-P., « La loi Pinel au service des bailleurs ? », AJDI 2015, p. 1

Buy G., « Regards pratiques sur la nouvelle répartition des charges, travaux et impôts », ch. dr. entr. n° 3, Mai 2015

Calais-Auloy J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », R.T.D. Civ., 1994, p. 245

Casson P., « Le contentieux des baux commerciaux : une compétence enfin unifiée ? », LPA n°149, déc. 1998 p. 7

Cattalano-Cloarec G., « La validité du contrat », AJ Contrat 2018. 257.

Cellard F., « La réforme du droit des contrats et des obligations en 10 points : quels effets sur la pratique du droit des affaires ? », LPJ 29 août 2016

Cerratti-Gauthier A., « La durée dans la loi Pinel ou la promotion des baux dérogatoires », Cah. dr. entr. n° 3, mai 2015

Chalvignac F., « La répartition des travaux dans le bail commercial : appel à une réforme législative », D. 2004, p.2637

Champalaune C., « Réforme du droit des contrats : revenir à l'esprit du code en l'adaptant au monde d'aujourd'hui », JCP N n° 15, 2015

Champ V., « État de dépendance, contrats d'adhésion et imprévision : des champs d'application à définir », LPA n°261, déc. 2016, p. 20

Champion-Thiry C., Salam D., « Encore du changement... », Quoi de neuf en immobilier, janvier 2017

Chantepie G.,

- « De la nature contractuelle des clauses-types », RDC n° 3, 01/07/2009, p.1233
- « La notion d'équilibre du contrat », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 6

Chaoui H.,

- « Application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 dite « loi Pinel », RDL n°953, 01/2015
- « La négociation et la conclusion du bail commercial : incidence de la réforme du droit des contrats », Loyers et Copr. n° 10, Octobre 2016, dossier 10
- « Le bail commercial et la sanction du déséquilibre significatif », RDL n°987
- « Le droit de préemption issu de la loi Pinel : dernier état de la jurisprudence », RDL n° 981, nov. 2017

Chastagnier S.,

- « Indexation conventionnelle et rejet de l'imprévision », GP n°40, 15 nov. 2016, p.76
- « Modification notable des facteurs locaux de commercialité : date d'appréciation et périmètre de référence », GP n°26, juillet 2017, p.81
- « Déplafonnement et augmentation de l'impôt foncier », GP, n°40, 21 nov. 2017, p.85

Chatain A., « Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », GP n° 41, 2016, p.12

Chartier Y., « Note bibliographique », RIDC 1987, p. 293-295

Chavance E. et Regnault S., « Le champ d'application de la loi ou la diversification des sous-statuts », Loyers et copr. 2014, dossier 2

Chavance E.,

- « Le loyer après la loi Pinel », Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2015, dossier 15
- « Charges et taxes », Loyers et copr. n° 4, Avril 2018, comm. 97
- « Sur le lissage du déplafonnement et l'office du juge », Loyers et copr. n° 5, Mai 2018, 123

Chazal J.-P.,

- « Relire Josserand », oui mais... sans le trahir ! », D. 2003. 1777
- « G. Ripert et le déclin du contrat », RDC, 2004, p.244
- « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? » D. 2015. 673

Chénéde F.,

- « La réduction du prix », RDC n°03, 15/09/2017, p. 571
- « Interprétation du nouveau droit des contrats », D. 2017, p.2214
- « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJC 2018, p.25

Choné-Grimaldi A.-S., « Aménager le droit des contrats », JCP E n° 25, 23 Juin 2016, 1374

Cohen-Trumer D., « Non, pas la valeur locative : la valeur locative », GP n° 72, 13/03/2010, p.20

Coipel M., « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », TM, 1990

Colomer P., « Droit d'entrée/droit au bail : la décapitalisation ou la décapitation du marché ? », AJDI 2016. 755

Compagnie des experts immobiliers près la cour d'appel de Paris, « Loi Pinel : impact sur la valeur du droit au bail du lissage du déplafonnement », AJDI 2015 p. 420

Confino A.,

- « Le nouveau plafonnement des loyers commerciaux issu de la loi Pinel : un effet boomerang pour les locataires ? », EL, GI, 25 novembre 2014
- « Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel », AJDI 2015, 407
- « L'article 1195 nouveau du code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? », AJDI 2016 p.34

Cottureau V., « la clause réputée non écrite » JCPG 1983, I, 3691

D'Antin E., « Le doute profite à celui qui s'engage », Déc. Mag., 26 nov. 2015

De Belot P., « 73 ans de propriété commerciale », GP 4 février 2000, p. 56

Decoopman N., « Entreprises libérales, entreprises commerciales », JCP G n° 17, 28 Avril 1993

Deffains B., « Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un droit efficace ? » GP n°242, août 2015

Dejoie A., « Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial », AJDI 2009 p.289

Delangle C., « Le nouveau dispositif du code civil consacré au contrat d'adhésion », JCP E n°35, 31 Août 2017, 1452

De La Vaissière F.,

- « L'ordre public dans les conventions locatives », AJDI 2005, p.366
- « Faut-il sauver le soldat « ALUR » ? », AJDI n° 565, 27 septembre 2014
- « Regard critique sur le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », AJDI 2015 p.325
- « Inventaire subjectif des pièges à redouter dans les baux réglementés », AJDI 2017, p. 99
- « Baux commerciaux, d'habitation et professionnels », AJDI 2017, 25 février 2017, p.99

Delebecque P.,

- « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr. et patri., 2016, p. 62
- « La réforme du droit des contrats : toujours autant d'incertitudes ! », AJ contrat 2017, p.453

Delpech X.,

- « À la une - Réforme - Le droit des contrats nouveau est arrivé ! » JA 2016, n°535, p.6
- « Une nouvelle définition pour le non-professionnel », AJ contrat 2017, p.100
- « 2018, une nouvelle année de réformes », AJ contrat 2018, p.1

Delpérier J.-M., « L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...) : vers un morcellement des contrats ? », JCP N. n° 47, 20 Novembre 2015, 1209

Denizot C.,

- « Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges. Analyse de l'article L.145-40-2 du code de commerce », AJDI 2014, p.591
- « La taxe foncière mise à la charge du locataire », AJDI 2017, p.271

Denizot C., Galember A.,

- « Les règles de compétence en matière de baux commerciaux », AJDI 2008, 641
- « Règles de compétence et baux commerciaux », AJDI 2010, 121

Derrupé J.,

- « Le congé en matière de bail », JCP G 1959, I,1937
- « Fonds de commerce. Composition, Droit au bail, Élément nécessaire », RTD com., 15 septembre 1993, 488
- « Pratique et avenir du statut face à la dynamique européenne », AJDI 1993 p.161
- « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », AJDI 2000. p.510

- « Bail commercial, accord sur les modalités ou le montant du loyer à payer en cas de renouvellement du bail », RTD Com. 2005, p. 256

Desgorges R., « La proportionnalité dans le droit des contrats », JCP E, n° 47, Novembre 2003, 1630

Deshayes O.,

- « Réduction du prix et préjudice réparable », RDC n°01, mars 2018
- « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations JCP G n° 18, 30 avril 2018

Dray J., « La déspecialisation partielle du bail commercial », Legavox, Article juridique, 11 fév. 2015

Dreveau C.,

- « Portée des clauses relatives aux travaux », AJDI 2014. 376
- « Charge des travaux dus à la vétusté », AJDI 2017, P.273
- « Le locataire doit alerter le bailleur sur l'état de l'immeuble », AJDI 2017, p.837

Dumont-Lefrand M.-P.,

- « La force créatrice de la jurisprudence en question ? », AJDI 2007. 353
- « Bail commercial et rupture fautive des pourparlers », AJDI 2009, p. 298
- « Conséquences de l'annulation de la clause obligeant un locataire à adhérer à une association », AJDI 2010, 800
- « Statut des baux commerciaux et sanction de la mauvaise foi contractuelle », AJDI 2010, p.311
- « L'annexe environnementale : un risque de performance énergétique à géométrie variable », D. 2012, 1472
- « Bail commercial et évolution des usages locaux commerciaux » AJDI 2016, p.115
- « Contrepartie financière à l'autorisation de réaliser des travaux et déplafonnement », AJDI 2016, p.767
- « QPC sur la clause d'indexation uniquement à la hausse », AJDI 2018, p.598

Dumortier B.-H.,

- « Les modifications du statut des baux commerciaux par la loi de modernisation de l'économie », Defrénois n°17, 2009, p. 1769
- « Bail commercial et pacte de préférence », AJDI 2009, p. 175
- « L'interdiction des baux commerciaux à durée ferme par la loi Pinel », LPA, 27 août 2014
- « Domaine du droit de préemption du locataire commercial », AJDI 2015, p. 759
- « Le loyer binaire entre liberté contractuelle et soumission au statut », AJDI 2017 p.817
- « Loyer binaire et statut des baux commerciaux », DA, 17 juillet 2018

Dumur J.-P.,

- « Valeur locative et décapitalisation », AJDI 2011, 24 mars 2011, 185
- « Le bétisier de la loi Pinel en 10 stations », AJDI 2014, p.821
- « Loi Pinel et « plafonnement du déplafonnement » : quadrature du cercle et casse-tête chinois ! », AJDI 2014, p. 405
- « Après la loi Pinel, la loi Macron », Lexb. Hebdo A. n °407, 8 janvier 2015
- « Prix du bail renouvelé : prix couramment pratiqué dans le voisinage ou prix savamment trituré par l'expert ? », AJDI 2016 p.725

- « L'éviction du juge par le contrat : les techniques contractuelles alternatives de règlement des différends », AJDI 2016, 180
- « Loyer binaire : nouveau coup de théâtre à la cour d'appel de Versailles », AJDI 2017, p.713
- « Le temps et le loyer », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 4
- « Refacturation de la taxe foncière au preneur et article R. 145-35 du code de commerce : attention au parallogisme ! », AJDI 2017, p.237

Dupichot P., Bretzner J-D., « User des prérogatives contractuelles », JCP E 2016, 1375

Durand-Pasquier G.,

- « Florilège de quelques difficultés soulevées par les droits de préemption et autres priorités d'achat nouvellement institués ou modifiés », Construction - Urbanisme n° 4, Avril 2015
- « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », RDI 2016., 355

Etienney-de Sainte Marie A., « La validité » des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », D. 2017 p.1312

Fabre-Magnan M.,

- « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ. 1997, p. 583
- « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC n°2, avril 2004, p.573

Fages B., « Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat », Rev. Droit et Patrimoine, janvier 1999 p. 28

Faucon N., « Ces loyers qui affolent les commerçants », La Voix du Nord, éd. 28-05-09

Fédération pour l'urbanisme et le développement du commerce spécialisé, « Offensive contre la propriété commerciale », GP n°052, février 2004, p. 16

Fenouillet D., « Le juge et les clauses abusives », RDC 2016, p. 358

Frank E., « Réflexions sur les baux commerciaux en France dans la perspective de l'ouverture du marché commun européen », Administrer déc. 1988, p. 2

François C.,

- « Présentation de l'article 1223 de la nouvelle sous-section 3 « La réduction du prix », Ressources Open Access de l'institut d'études judiciaires Jean Domat, iej.univ-paris1.fr
- « Le pacte de préférence et la promesse unilatérale », Ressources Open Access de l'institut d'études judiciaires Jean Domat, iej.univ-paris1.fr

Fruchter S., « Valeur locative judiciaire ou valeur locative de marché ? », GP n° 72, 13/03/2010, p. 25

Garbit P.,

- « Baux commerciaux et bonne foi », RLDA n° 66, décembre 2003
- « La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux », RLDA 2014, p.97

Gauclere B., « Bail commercial : les charges locatives après la loi Pinel », BRDA, juin 2015, note n°26

Gaudemet S., « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », Contrats conc. consom. n° 5, mai 2016

Genicon T.,

- « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », D. 2010., 2485
- « Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté », RDC n°02, juillet 2014 p. 176

Gérard P., « L'accélération du temps juridique », Publications de la Faculté de Saint-Louis, Bruxelles, 2000

Ghuestion J., « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », JCP G. n° 37, Sept. 2013

Gouraud C.,

- « La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014 », Defrénois, 2014, p. 902
- « Baux commerciaux : retour sur la mise en œuvre de la loi Pinel », Defrénois, 30 janvier 2015 n° 2, p. 66

Gramaize P., « Le juge des loyers commerciaux », GP n°18, mai 2017, p.22

Gratton L., « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016., 22

Grimaldi C., « Les parties à un bail commercial ne sont pas des partenaires commerciaux au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », Ess. DC n°04, 01/04/2018

Gros M., « L'équité : ses vices et ses vertus », Gaz. Trib. n°7330, juillet 1993, P.19

Grosser P., « Contrats et obligations - Droit des contrats - Chronique sous la direction de Jacques Ghestin », JCP E n° 12, 19 Mars 2018, doct. 331

Guinebault M., « Le marché de l'immobilier commercial reprend des couleurs », Fashion network, p.22

Habere J., « Notion d'usage exclusif de bureaux », RLDA n° 3190, 2002, p. 21

Haas P.,

- « Forfait pour charges », AJDI 2017 p.434
- « Clause résolutoire : demande de délais et de suspension nonobstant l'exécution d'une mesure d'expulsion », AJDI 2017, p.591
- « État des lieux et restitution du dépôt de garantie », AJDI 2017 p.669

Houtcieff D.,

- « Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative », JCP G n° 36, 5 Septembre 2007
- « Interprétation du droit : c'est déjà demain ! », GP n°01, 2018, p. 29
- « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », GP n° 15, 2018, p. 14

Inforeg CCI Paris, « La réforme du bail commercial par la loi Pinel : les nouvelles règles d'ordre public », Cah. dr. entr. n° 1, Janvier 2015

Jabbour R., « La bonne foi dans l'exécution du contrat », RTD Civ. 2017, p.941

Jacotey C., « Valeur locative et droit au bail. Une évolution contraire à l'économie commerciale », AJDI 1990. 840

Jacquin A.,

- « Les associations de commerçants », GP 17-18 octobre 2003, p. 2807
- « L'entrée en vigueur de l'ILAT suscite des interrogations », GP 18 févr. 2012, I8787, p. 20
- « Durée du bail commercial et ordre public jurisprudentiel », G.P. 19 avril 2014, p.9
- « Loi du 18 juin 2014 : le droit de préemption du locataire », GP, n° 221, 9 août 2014, p. 45
- « Une véritable révolution dans les relations contractuelles bailleur-preneur », GP n° 329, nov. 2014, p. 6
- « L'éviction du juge par la jurisprudence », AJDI 2016, p.176
- « Pourquoi pas l'arbitrage comme solution aux litiges en matière de bail commercial », GP n° 40, 2017, p. 53
- « Le bail commercial est-il un contrat d'adhésion ? », Argus n°52, Avril 2017, p. 2 et 4

Jacquin J.-B., « Nicole Belloubet accepte d'assouplir sa réforme de la justice », Le Monde, 18 septembre 2018

Jamet M., « La déspecialisation partielle de l'article L. 642-7, alinéa 4, du Code de commerce », RPC n° 3, mai 2015

Januel P., « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », DA, 21 juin 2018

Jourdain P., « La perte d'une chance, même faible, est indemnisable ! », RTD Civ. 2013 p. 380

Juillet C., « Les standards juridiques en droit des sûretés », RDA., p.73, 2014

Kendérian F.,

- « De l'exigence d'une stipulation expresse du contrat de bail commercial pour transférer au preneur certains accessoires du loyer », RTD com. 2013, p. 231
- « Incidence de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », dite loi Macron, sur le bail commercial », RTD com. 2015, 475
- « Bail commercial : de la garantie solidaire du cédant à celle du cessionnaire ? », JCP E n° 48, 26 Novembre 2015, 1590
- « La loi Pinel a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux ? », Loyers et copr. n° 10, 2016
- « Incidence sur le bail commercial du décret n° 2016-296 du 11 mars 2016 relatif à la simplification de formalités en matière de droit commercial », RTD Com. 2016 p.273
- « Cession du bail en état de procédures collectives », AJDI 2017, p.187
- « La clause résolutoire du bail commercial », JCP E n°19, 11 mai 2017, 1258

Kenfack H.,

- « Liberté contractuelle et réglementation en matière de bail commercial : quel équilibre ? », AJDI 2014, p.89
- « Liberté contractuelle et clauses de transfert des charges », AJDI 2014, p. 101
- « Baux commerciaux », JCP E n° 10, 5 Mars 2015, 1117

Lacger B., « Les 60 ans du statut des baux commerciaux », RDL 2013, p. 940

Lafond J., « L'acceptation des locaux loués dans l'état où ils se trouvent », JCP N 1996., n° 17

Legrix de la Salle S., « Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux », JCP E n°27, 3 juillet 2014

Lafaurie K., « clauses abusives : l'articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux », JCP E n°35, 31 Aout 2017, 1453

Lafond J., « La résolution unilatérale des contrats : application aux baux commerciaux », JCP N n° 5, fév. 2018, 1093

Lagarde X., « Questions autour de l'article 1171 du code civil », D. 2016, 2174

Laguerre S.-P., « Y a-t-il antinomie entre propriété commerciale et droit européen ? », AJDI 1996, 299

Lamarche T., « Immatriculation des associations au Registre du commerce et des sociétés, et bail commercial », JCP N. n°40, octobre 1992

Lequette Y., « Les droits du locataire sur les biens loués », RFDA 2003, 386

Lardeux G.,

- « Statut des baux commerciaux et clauses abusives », RDC n°3, juillet 2008, p. 834
- « Les limites de la liberté contractuelle comme rempart à la mauvaise foi des bailleurs », RDC n° 1, 2009, p.156

Lassner M., « Médiation bailleur-preneur », RDL n°950, octobre, p.403

Laure G., « Le devenir du fonds de commerce en 1993 », RDL 1991, p. 24

La Vaissière F., « encore l'obligation de délivrance ! », AJDI 2017, p.270

Lavric S., « Panorama d'actualité des baux commerciaux », DP, 17 mars 2009

Lebel C.,

- « Baux commerciaux aux baux ruraux : carrefour de droits exorbitants », Loyers et copr. N°10, octobre 2017, dossier 13
- « Bail commercial : mise en œuvre de la clause de résiliation de plein droit », JCP E n° 18, 3 Mai 2018, 1231

Leblond N.,

- « Fixation conventionnelle du loyer en cours de bail et risque de déplaçonnement lors du renouvellement », Ess. DC n°04, 12/04/2018, p.2
- « L'article L. 442-6 du Code de commerce n'est pas applicable au bail commercial », Ess. DC n°04, 12/04/2018

Lecourt B.,

- « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », RTD com. 2015. 1
- « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés », RTD com. 2018. 365

Lécuyer H., « L'inexécution du contrat », Contrats con. Consom. n° 5, Mai 2016, dossier 7

Lefebvre B., « Le contrat d'adhésion », RDN Vol. 105, septembre 2003

Legrand J.-M., « Les clauses relatives aux réparations dans les baux commerciaux », Administrer, juillet 1986, p.17

Legrand V., « La réforme du régime des baux commerciaux », PA n° 129, 30 juin 2014, p.5

Legrix de la Salle S., « Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux », JCP E 2014, 1371

Lemay P., « La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ? », D. 2018, p.567

Leveneur L.,

- « Deux Mille Ans De Contrats », Contrats Conc. Consom. n° 1, Janvier 2000
- « Où le bénéfice du statut des baux commerciaux est invoqué par le bailleur contre le preneur ! », Contrats Conc. Consom. n° 3, mars 2005

Licari F.-X., « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », RLDC N° 144, 2017

Loiseau G., « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats : la Cour de cassation hâte le pas », Comm. com. électro. n° 1, Janvier 2018

Lokiec P., « le droit des contrats et la protection des attentes », D. 2017 p.321

Loyer-Bouez D., « L'exécution d'un bail commercial ne peut créer un « déséquilibre significatif » réprimé par le Code de commerce », Ed. FR Lefebvre, La Quotidienne, 20 mars 2018

Maigné-Gaborit F., « Décap' : changement de cap ? », AJDI 2016 p.645

Mallet-Bricout B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ. 2016., 463

Marcet E., « L'encadrement des relations entre les parties en matière d'état des lieux, de charges et taxes récupérables et de travaux », Loyers et copr. sept 2014, art 4

Marx M., « Le marché locatif des boutiques en 1999 : l'envolée des prix dans les très belles situations », GP 1/07/1999

Maulard S., « À propos de l'invalidation des clauses d'indexation : haro sur l'effet papillon », GP n°11, 20 mars 2018, p. 48

Mazeaud D.,

- « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.12
- « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », Defrénois 1998, p. 1137
- « Clauses de responsabilité : et toujours modérément ! », D. 2013. 2142
- « La place du juge en droit des contrats », RDC n°02, 2016, p.353
- « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018. 912
- « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », D. 2016. 2477

Mekki M.,

- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC n°1, janvier 2010, p.383
- « Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire », GP 30 avril 2015, p. 603
- « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe "comply or explain" », GP n° 1, 2016, p 18.
- « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », GP n°17, 2016
- « La réforme du droit des obligations : questions pratiques. Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », GP n° 261, 22 mars 2016, p. 16
- « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, D.2016, p.494
- « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat RDC n°02, juin 2016, p. 400
- « Se conformer au nouveau droit des contrats, Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », JCP E n° 25, 23 Juin 2016, 1373
- « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », JCP N n° 46, 18 novembre 2016
- « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », GP n°36, 24 octobre 2017, p.11
- « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, Libres propos », JCP N n° 3, 20 Janvier 2017,155
- « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018. 900

Méreau J., « Qu'y a-t-il derrière les loyers de VastNed Retail ? », Nord Eclair éd. 7 janvier 2011

Mestre J.,

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986, p. 100
- « L'évolution du contrat en droit privé français », RIDC n°41-1, 1989, p. 254
- « Une bonne foi décidément très exigeante », RTD civ. 1992, 760
- « Le Fonds de Commerce : un centenaire à rajeunir ! », GP n°155, 4 juin 2009, p.113

Meunier G., « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », LPA n° 261, 2016, p. 3

Michel D., « Le contrôle de la mission de l'arbitre », RTD com, 2007, p.1

Molfessis N.,

- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA n°117, 30 sept. 1998, p.21
- « L'équité n'est pas une source du droit », RTD civ. 1998, p. 221
- « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G, 2015, 1415

Monéger J.,

- « Baux commerciaux », JCP N n° 40, 2 octobre 1992
- « Le printemps des procédures : application en matière de baux et de copropriété », Loyers et copr., avr. 1999, 3
- « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle » AJDI 2000, 484
- « La grande peur du millénaire », Loyers et copr. n° 1, 2000, 100000
- « À propos de la codification du statut des baux commerciaux », Loyers et copr. nov. 2000, p.4
- « La loi Murcef et la révision du statut des baux commerciaux à droit constant », JCP N n° 12, mars 2002, 1211
- « L'ordre public s'empare du droit des baux commerciaux », AJDI 2003, p. 396
- « L'emprise du droit de la consommation sur le droit des baux », Loyers et copr. n° 10, Octobre 2005
- « Le locataire se rebiffe ou la nouvelle vie de l'article L. 145-39 du Code de commerce » Loyers et copr. n° 11, 2009, repère 10
- « La bizarre idée d'un Code européen des baux commerciaux », Loyers et copr. n° 4, Avril 2009, 4
- « Supplique pour une vraie simplification du statut des baux commerciaux », Loyers et copr. 2011, 1
- « Large étude prospective », AJDI 2014, p.112
- « États Généraux des baux commerciaux : réflexions finales », Loyers et copr. n° 5, Mai 2014
- « Les baux commerciaux dans le projet de loi Pinel : cherche Sénateur linguiste, désespérément ! », Loyers et copr. 2014. Repère 3.
- « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », RTD Com. 2014 p. 535
- « La mise en œuvre dans le temps de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 », Loyers et copr. 2014
- « Prescription biennale et clauses réputées non écrites : une fausse bonne question ? » Loyers et copr. n° 6, juin 2014
- « La double peine du plafonnement du déplafonnement est maintenue par le Sénat », Loyers et copr. n° 5, Mai 2014, p.5
- « Unité ou pluralité des statuts », AJDI 2014, p.112
- « Compétence et procédure », RTD Com. 2015, p.231
- « Baux commerciaux », JCP E n°28, 9 juillet 2015, 1350
- « En bail commercial, le bonheur est dans le « pré » », Loyers et Copr. n° 11, Novembre 2015
- « Le droit des contrats nouveau est arrivé. Premières gorgées », Loyers et copr. 2015, 4
- « Rien ne sert de courir, il faut partir à point : à propos d'une QPC enthousiaste », Loyers et copr. n° 12, 2016
- « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », RTD Com. 2016 p.427
- « Le formalisme de la délivrance des actes, demandes et congés, de la lettre recommandée à la recommandation de l'acte extrajudiciaire », Loyers et copr. 2016.

- « Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ? », Loyers et copr. n° 10, octobre 2016, dossier 8
- « Contre-révolutions et baux », Loyers et copr. n° 11, novembre 2016
- « Le temps de la loi et l'ordre public », Loyers et copr. 2016, repère 8.
- « La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires », JCP G n° 52, 26 Décembre 2016, 1415
- « L'éviction du juge par la loi », AJDI 2016 p.170
- « Le temps, l'imprévisible et le bail commercial », Loyers et copr. n° 3, Mars 2017, dossier 6
- « Baux commerciaux (1ere partie) », JCP E n°23, 8 juin 2017, 1320
- « De l'absence de lissage du loyer d'un bail commercial ayant duré par l'effet d'une tacite prolongation plus de douze ans », RTD Com. 2017, p.830
- « Clause résolutoire. Clause stipulée en faveur du seul bailleur. Option du bailleur pour la poursuite du bail », RTD com 2017
- « Ratification par le sénat de l'ordonnance contrats : amélioration ou détérioration ? », Loyers et copr. n°11, Novembre 2017, repère 10
- « Déspécialisation partielle. Absence de motivation au refus du bailleur », RTD com 2017, 293
- « La déspécialisation et les difficultés économiques du locataire », AJDI 2018, p.268
- « Bail commercial - Baux commerciaux - Chronique Chronique dirigée par Joël Monéger », JCP E n° 4, 25 Janvier 2018, 1041
- « Baux commerciaux – Chronique », JCP E. n° 4, 25 Janvier 2018, 1041
- « Enquête sur les indices : ICC, ILC, ILAT, IRL », Loyers et copr. n° 1, Janvier 2018
- « Elans optimistes et printaniers », Loyers et copr. n° 4, Avril 2018, repère 4

Néro S., « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP G n° 38, 2011

Nerrière R., « Les baux commerciaux après la loi Pinel : retour à un juste équilibre ? », Bull. ch. not. n°78, 2014

Nicomède M.,

- « Décapitalisation du droit au bail et valeur locative », AJDI 2006, 873
- « Décapitalisation : et si on revenait aux fondamentaux ? », AJDI 2017, janvier 2017, 1

Ottaway C., « Le juge des loyers commerciaux est-il compétent pour condamner au paiement de sommes d'argent ? », JCP E n° 39, 26 Septembre 2013, 1524

Panafieu L., « Le mythe de la propriété de la clientèle dans les centres commerciaux », AJDI 2001 p.1062

Pariente A., « L'équilibre budgétaire : un principe juridique insaisissable ? RFFP n°112, p.163, novembre 2010

Parleani G., « La réforme du droit des contrats : une bonne idée confrontée aux travers français », AJ contrat 2017, p.49

Peisse M.,

- « Un droit équitable ? », GP n°261, 18/09/2010, p.3
- « Entretien avec Jean-Pierre FORESTIER », GP n°261, septembre 2010, p. 10

Pellet S., « La formation du contrat », AJ Contrat 2018. 254

Pelletier P., « Les incidences de la loi du 13 juin 2006, dite « Aurillac », sur la valeur d'un immeuble d'habitation », Dr. et patri. n° 159, 2007, p. 33

Pérès C., « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP G 2016, act. 454

Planckeel F.,

- « Constitutionnalité de l'article L. 145-39 », AJDI 2013, 434
- « Le bail commercial renouvelé est-il bien un nouveau bail ? », AJDI 12 juin 2006, p.433
- « Refacturation des charges : le contrat, rien que le contrat », AJDI 2013, p. 155
- « Le nouveau droit de préemption du locataire commercial », AJDI 2014, p. 595
- « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », AJDI 2015 p. 11
- « Clause d'indexation et clause résolutoire ne font pas toujours bon ménage », AJDI 2016, p.774
- « L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats : propos introductifs », Loyers et copr. n°10, octobre 2016, dossier 5
- « Principe d'illicéité de la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse », AJDI 2016, 31 mai 2016, 365
- « Le maintien conventionnel du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », AJDI 2016, p. 403
- « Le temps du prescrit et le temps du non-écrit », Loyers et copr. n° 3, mars 2017
- « L'incidence du droit des biens sur les baux commerciaux », Loyers et copr. n°10, octobre 2017
- « Le grand retour du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », AJDI 2017, p.36
- « Validité de l'indexation de paliers », AJDI 2017, p.509
- « Sur le départ du locataire sans formalisme », Loyers et copr. n° 2, Février 2018, dossier 6

Posez A., « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », D. 2014, p. 2119

Prigent J.,

- « Réforme du régime des baux commerciaux », RDL 2014, n° 1859
- « Chronique de droit des baux commerciaux », Lexb. Hebdo A. n° 459, 24 mars 2016
- « L'imprévision et le bail commercial », RDL n°982, 20 décembre 2017

Puylagarde B., « Baux commerciaux », Affiches Parisiennes n° 99, Décembre 2016, p. 13

Quin A., « Réforme du droit des contrats : la sanction de la réduction du prix entre dans le Code civil », <http://www.altajuris.com/> , 23/05/2016

Rédaction lextenso,

- « 60e anniversaire du statut des baux commerciaux », GP n°330, 2013, p.8
- « Déséquilibre significatif et compétence du TGI », GP n°11, 20/03/2018, p.43

Regnault S., « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », Loyers et copr. n° 12, décembre 2017, étude 12

Reygrobellet A.,

- « L'incidence de la modification des facteurs locaux de commercialité sur le bail commercial », JCP N n° 15, 13 Avril 2012, 1185
- « Nouvelles dispositions pour le BC : quelles entrées en vigueur ? », JCP E 2014, 1262

Revet T.,

- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », RDC n° 01, 31/03/2015, p.199
- « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016, 15 septembre 2016, 1771
- « Une philosophie générale ? », RDC 2016, p. 5.
- « Le juge et la révision du contrat », RDC 2016, p. 234
- « L'incohérent cantonnement du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », DP 2018, p.124

Rispe F., « La mutation du commerce français a un impact sur l'immobilier », Business Immo, Actualité, Logistique, 20 mars 2018

Roffa R., « Juste cause et injuste clause, Brève remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 335

Romuald P., « Le locataire étranger sauvé de la précarité de l'article L. 145-13 du Code de commerce », JCP N n° 8-9, 24 Février 2012

Rozès L., « L'exception locative française », AJDI 2000, p.480

Roucoux D., « Réflexions sur le rôle du juge », LPA n° 92, 2008, p. 5

Rouquet Y.,

- « Réforme des baux commerciaux : l'équilibre actuel sera préservé », AJDI 2005, P. 512
- « Plafonnement du loyer, liberté contractuelle et droit de propriété », DP 8 sept. 2011
- « Simplification des formalités en matière de bail commercial », DP 15 mars 2016
- « Loyers commerciaux au quatrième trimestre 2017 : l'ILC augmente plus vite que l'ILAT », DP mars 2018
- « Bail commercial : lissage du déplafonnement et office du juge », DP 16 mars 2018

Roussel F., Saintourens B., « Le droit de préférence du preneur à bail commercial : le nouvel article L. 145-46-1 du code de commerce, partie 1 », Dr. et patri. n°243, 2015

Rouviere F., « Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution », RTD civ. 2005., 689

Rubetti C., « Contentieux des baux commerciaux : devant quelle juridiction ? », Var Ecobiz, La Communauté Commerce 83, juin 2016

Ruet L.,

- « Existe-t-il un droit à la propriété commerciale ? », RTD civ. 2005, 619
- « Les quatre fonctions du prix », LPA n°144, 2005, p. 4-22
- « De quelques réformes récentes en droit des baux commerciaux », LPA n°50, 2009, p.3

Ruy B., « La réforme du droit des contrats et la loi Macron : un surcroît de protection irrigant toutes les étapes de la vie du contrat au prix de l'insécurité juridique ? », RLDCO n° 49

Safty E., « La pluralité équilibrée ou la convergence des conceptions pythagoriciennes en matière de justice », cahiers philosophiques n°129, décembre 2009

Sainturat M.-L.,

- « La prédominance d'un élément : la protection statutaire du local », AJDI 2001, p.1049
- « Les durées du bail commercial », Loyers et copr. n° 9, 2014

Sainsard H., « L'incidence du chiffre d'affaires sur la détermination du loyer », GP n°10, 22 oct. 2011, p. 15

Savaux E., « Frémissement en matière d'imprévisions », RDC n° 1, 2011, p.34

Serror Fienberg M., Gagnaire B., « Baux commerciaux : deux ans d'existence de la loi Pinel », JA 2016, n°542, p.25

Seube J.-B.,

- « Le juge ne peut ni porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties, ni s'affranchir des dispositions impératives », RDC n° 2, avril 2010, p. 666
- « Les clauses aménageant les obligations de délivrance et d'entretien du bailleur sont d'interprétation restrictive RDC n°2, avril 2013, p. 633
- « La condition ne doit pas se confondre avec les éléments essentiels du contrat : le cas de la cession de bail », Defrénois, n° 122b0, 30 janv. 2016, p. 71
- « L'effet de plein droit de la clause résolutoire du bail », RDC n°3, 15 sept. 2017, p. 455

Sciot-Siegrist C., « Loi Pinel et application immédiate aux baux en cours », LaVieImmo, 2018

Sidier N., Pouliguen-Mandrin A., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le statut des baux commerciaux », Business Immo Juridique, octobre 2016

Simon F.-L., « Panorama de jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (2016-2017) », LPA n°037, février 2018, p. 3

Sirinelli P., « Réforme du droit des contrats : une attente et des attentes », D. 2016. 105

Stoffel-Munck P., « La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision », AJCA n°262, 2015

Storck M., « L'application de l'exception d'inexécution en matière de bail », D. 1994 p.462

Tadros A., « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer et la définition de la propriété », RDC n°1, mars 2016, p. 187

Téchené V., « La doctrine examine la loi Pinel », Lexb. Hebdo A. n °396, 2 octobre 2014

Teffo F., « La réforme des baux commerciaux par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises du 18 juin 2014 » LPA n° 200, octobre 2014, p. 4

Thibierge L., « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018. 266

Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ 1997, p.357

Tirel M., « Précisions sur la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », D. 2017, p.1595

Tixier J.-L., « La prescription en contentieux des baux commerciaux après la loi Pinel », option finance, mars 2015

Tournier-Salès F., « La commission départementale de conciliation des baux commerciaux », vie des commissions, 25 millions de Propriétaires, Février 2014, p.33

Valazza S., « Bail commercial : qui doit payer les charges ? Le contrat, rien que le contrat », ed. Tissot, 11 déc. 2012

Vaissié M.-O.,

- « Faut-il réformer les baux commerciaux ? », RDL n°839, juillet 2003
- « Application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 dite loi Pinel », RDL n°953, 2015, 1958

De Vareilles-Sommières, « La définition de la notion juridique de la propriété », RTD civ. 1905, p. 456

Vercken H.,

- « La procédure participative adaptée aux conflits relatifs aux baux et loyers commerciaux », RLDA n° 83, 2013
- « Les modes amiables de résolution des différends adaptés aux contentieux des baux et loyers commerciaux », AJDI 2018 p.265

Viatte J., « Le bail, acte de disposition », RDL 1970, p. 125

Viudès V., « Juridique - Capacité juridique - L'impact de la réforme de l'alinéa 2 de l'article 1145 du code civil », JA, n°584, 2018, p.36

Vogel J.,

- « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJC 2016, p. 309
- « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », AJC 2017, p.470

Woog J.-C., « Diaporama d'un demi-siècle », GP n° 14, 27 mai 2000, p.5

Zalewski V., « Location meublée et non-renouvellement du bail », AJDI 2011. 357

Zenati F., « Caractère constitutionnel du droit de propriété », RTD civ. 1996, 932

Chroniques et notes de jurisprudences

Auque F.,

- note sous Cass. civ. 3e., 10 mars 1993, pourvoi n° 91-13.418, JCP G 1993, 22089
- note sous Cass. civ. 3e., 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-19.129, JCP G 2008, 10083

Barbier H., note sous Cass., ch. mixte, 12 déc. 2014, pourvoi n° 13-19.684, RTD civ. 2015. 131

Barbier J.-D.,

- note sous Cass. 3e civ., 28 sept. 2004, GP 2005, p. 1309
- note sous Cass. civ. 3e, 7 février 2007 pourvoi n°06-10377, GP n°62261, 22 mai 2007, p.27
- note sur Cass. civ. 3e, 14 janv. 2016, pourvoi n° 14-24681, GP n° 258, 1er mars 2016, p. 66

Blatter J.P.,

- obs. sur Cass. civ. 3e, 20 juill. 1994, pourvoi n° 93-10.657, AJDI 1995, 213
- note sous Cass. civ. 3e, 29 sept. 2010, n° 09-69.337, AJDI 2013, p. 37

Boccara B., note sous Cass. civ. 3e, 19 avril 1983, pourvoi n°81-14.030, Bull. civ. III, no 88, AJPI 1983, p. 732

Brault C.-E., note sous Cass. civ. 3e, 4 juin 2013, pourvoi n°12-18257, GP °141f0, 3 août 2013, p.37

Brault P.-H.,

- obs. sur Cass. civ. 3e, 7 mars 2001, pourvoi n° 99-18.368, GP août
- obs. sur Cass. civ. 3e, 13 juin 2012, pourvoi n°11-17.114, Loyers et copr. 2012, comm. 236
- obs. sur Cass. civ. 3e, 26 mars 2013, n°11-24.311, Loyers et copr. Juillet 2013 - n° 7-8
- note sous Cass. civ. 3e, 18 juin 2013, n°12-19-568, Loyers et copr. 2013, com. 276
- note sous Cass. civ.3e, 9 sept 2014, pourvoi n°13-14.448, Loyers et copr. n°4, Avril 2015
- note sous Cass. 3e civ., 24 mars 2015, n° 13-23.553, Loyers et copr. n° 7-8, juillet 2015, comm. 168

Brault P.-H., Chavance E., note sous Cass. civ 3e, 9 avril 2014, Loy. et cop. juin 2014

Chavance E., note sous CA Rennes, 2 sept. 2015, n° 10/01479, Loyers et copr. n° 11, Novembre 2015, comm. 231

Cohen-Trumer D., obs. sur Cass. civ. 3e, 27 janv. 1999, pourvoi n° 97-13.366, AJDI 1999. 699

Damas N.,

- obs. sous Cass. civ. 3e, 13 juillet 2011, pourvoi n° 10-20.478, AJDI 2012, 121
- obs. sur Cass. civ. 3e, 10 juin 2015, pourvoi n° 14-15.961, AJDI 2015, 773

Delpech X., obs. sur Cass. Com., 15 novembre 2017, pourvoi n°16-19.131, DA, 29 novembre 2017

Derruppé J.,

- note sous arrêt CA Versailles 12e chambre, deuxième section 26 novembre 1998, RJC n°1530, 1999, p. 215
- obs. sur Cass. civ. 3e, 27 janv. 1999, pourvoi n° 97-13.366, RDI 1999. 323
- note sous CA Paris, 16 ch. B, 14 janv. 2000, RDI 2000 p.257

Dumur J.P., note sous CA Paris pôles 5 ch3, 16 sept. 2016, n°14/13401, AJDI 2016. 729

Gallardo E., obs. sur Cass. civ. 3e, 9 mars 2010, pourvoi n° 08-70.311, « Nullité du bail pour un prix dérisoire », Loyers et copr. 2009, étude 3

Grimaldi C., note sous CJUE 26 nov. 2015, n° C-345/14, SIA Maxima Latvija c/ Konkurences padome, D. 2016. 292

Heugas-Darraspen H., obs. sur C.A. Paris 16^e ch. 9 mars 1965, AJDI 1990, 20

Jourdain P., note sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, P+B+R+I, RTD Civ. 2007 p. 12

Kendérian F.,

- note sous Cass. 3e civ. 10 décembre 2008, pourvoi n°07-20.277, RTD com 2009 P. 694
- obs. sur Cass. civ. 3e 20 janv. 2009, pourvoi n°07-20.854, RTD com. 2009
- note sous Cass. 3e civ QPC 13 juillet 2011, RTD com 2012
- obs. sur Cass. Com., 15 novembre 2017, pourvoi n°16-19.131, AJDI 2018, 259

Kenfack H., note sous Cass. civ. 3e, 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-19.129, JCP G n° 12, 2009

Lafond J., note sous Cass. civ. 3^e, 1er juin 1999, pourvoi n° 97- 20.164, inédit., JCP N 1987, 101042

Laithier Y.-M., obs sur Cass. civ. 3^e 26 mars 2013, pourvoi n°12-14870, RDC n°3, 01/07/2013, p. 888

LSJ notariale et immobilière, obs sous Cass. 3e civ., 9 avr. 2014, n° 13-13.949, FS-P+B , LSJ n° 18 - 2 mai 2014 P.6

Maigné-Gaborit F., note sous CA Paris pôles 5 ch3, 16 sept. 2016, n°14/13401, AJDI 2016. 645

Monéger J.,

- obs. sur Cass. civ. 3^e, 27 janv. 1999, pourvoi n° 97-13.366, RTD com. 1999. 368
- obs. sur CA Paris, 30 nov. 2011, n° 10/05085, RTD com. 2012. 509
- obs. sous Cass. civ. 3e, 5 novembre 2014, n° 13-24.451, RTD Com. 2014 p. 779
- obs. sur Cass. civ. 3e, 14 janv. 2016, pourvoi n° 14-24.681, RTD com. 2016. 56

Mortier R., note sous CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 22 sept. 2011, n° 10/04401, Droit des sociétés n° 2, Février 2012

Planckeel F., obs. sous Cass. 3^e civ., 20 mai 2015, pourvoi n°13-27.367, FS P+B+R+I, Loyers et copr. 2015, étude 3

Prigent J., note sous Cass. civ. 3^e, 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.576, F-D, Lexb. Hebdo A. n° 411, 5 février 2015

Rouquet Y.,

- note sous Cass. 3e civ. 29 septembre 2004, n° 03-13.624, D. 2004
- obs. sous Cass. 3^e civ. 4 mai 2006, pourvoi n° 05-15.151, Bull. civ. III, n°110, AJDI 2006, p. 736
- note sous Civ. 3e, 13 juin 2012, n° 11-17.114, D. 2012. 1672
- note sous Cass. civ. 3e, 6 mars 2013, pourvoi n° 12-13.962, D. 2013. 703
- note sous Cass. civ 3^e, 9 avril 2014, DP, 28 avril 2014
- obs. sur Cass. civ. 3^e, 10 juin 2015, pourvoi n° 14-15.961, D. 2015. 1319

Rouvière F., note sous Cass. civ. 3^e, 28 janv. 2015, pourvoi n° 13-27397, D. 2015, p. 657

Sabard O., obs. sous Cass. civ. 3^e, 11 mars 2015, pourvoi n° 14-10447, L Dr. des contr. n° 5, 13 mai 2015, p. 7

Seïdalgadi A., obs. sous Cass. 3^e civ., 14 novembre 2007, pourvoi n°06-13.818, PA n°118, 13 juin 2008, p.25

Sénéchal J., note sous TGI Lille 6 janvier 2010, D. 2010, p.1000

Seube J-B., obs. sous Cass. civ. 3^e, 9 nov. 2011, pourvoi n° 10-30291, RDC n°2, 01 avril 2012, p.513

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de page)

A

acceptation du risque, 492, 497
accession, 459
action interrogatoire, 430 et s., 447 et s.
amélioration, 80, 203, 208, 261, 294, 318,
436, 448, 459, 460, 556
annexe, 359
annexe verte, 358
avant-contrat, 429
avenant, 28, 164, 185, 273, 310, 429, 467
ayants droit, 511 et s.

B

bail "3-6-9", 177 et s.
bail de courte durée, 185, 324
bail dérogatoire, 185, 235, 324
bail renouvelé, 379
bailleur institutionnel, 26, 262
baux professionnels, 15, 32, 126, 266
baux standardisés, 250, 256
bonne foi, 12, 21, 100, 112, 115 et s., 137
et s., 161, 166, 213, 253, 272, 274, 328,
363, 368, 388, 389, 420, 432 et s., 445,
452, 499, 505, 507, 510, 523, 527, 535,
540, 549, 551, 554
budget prévisionnel, 422
bureaux, 81, 180, 208, 210, 331, 404, 410,
479, 480, 499, 550

C

caractère notable, 455 et s., 474, 481, 523,
542
caractéristiques, 181, 199, 203, 260, 459
catégories de charges, 314, 357
centres commerciaux, 7, 17, 56, 59, 82,
105, 207, 210, 232, 258 et s., 296, 319,
350 et s., 358, 363, 376, 379, 392, 434,
463, 499, 540, 543, 556
cession, 18, 32, 61, 69, 73, 77, 116, 126,
172, 191, 224, 234 et s., 246, 258, 305,
337, 339, 349, 352, 357, 366, et s., 379,
405, 411 et s., 431, 459, 468, 512, 541,
551, 559

charges, 13, 18, 59, 66, 69, 73, 82, 116,
124, 136, 138, 139, 146, 152, 156, 174,
186, 215, 232, 235, 264, 271, 277, 290
et s., 349, 351, 357, 369, 385, 393, 409,
420 et s., 437, 442, 458, 464, 493, 522,
544 et s., 550, 553, 557, 560
charges incombant normalement au
bailleur, 302
clause automatique, 507
clause d'échelle mobile, 207
clause d'essentialisation, 380
clause de garantie, 237, 339, 416 et s.
clause recette, 74, 205, 353, 462, 463
clause réputée non écrite, 67, 76, 334, 338,
368, 537, 541, 546, 557
clause résolutoire, 60, 66, 73, 116 et s.,
126, 191, 350, 357, 432, 500 et s., 515,
520, 535, 551, 557, 559, 560
clause résolutoire de plein droit, 507
clause restrictive de responsabilité, 379
clientèle, 3 et s., 104 et s., 169, 174, 176,
181, 230, 258, 324, 351, 392, 458, 470,
501
cohérence, 25, 38, 42, 83, 108, 110, 112,
135, 136, 138, 189, 228, 247, 288, 309,
310 et s., 334, 353 et s., 360, 365 et s.,
378, 381, 389, 452, 455, 464, 471, 479,
526, 527, 537
collaboration, 42, 322, 387, 390, 391, 393,
433, 437, 463, 524, 527, 554
commission de conciliation, 144, 543
composition du bail, 356
condition essentielle, 363, 377 et s.
conditions générales, 113, 245 et s., 337,
356, 358 et s., 398, 544
congé, 18, 70, 73, 89, 93, 126, 127, 129,
130, 152, 176, 178, 180, 184 et s., 348,
403, 413, 498, 511, 543, 547, 555
conjoint, 133, 149, 411, 413, 496, 512
constitutionnalité, 97, 113, 205, 477, 510
contrat d'adhésion, 131, 214, 220, 242 et
s., 260, 271, 279, 328, 330, 332, 343,
344, 350, 361, 373, 541, 547, 551, 553,
554, 558

contrat de louage, 2, 73, 125, 164, 177, 266, 270, 281, 292, 512
 contrat relationnel, 37 et s.
 contrat-coopération, 390
 contrat de subsistance, 390
 contrat standardisé, 248, 254, 354
 contrat-concentration, 390
 contrat-permutation, 390

D

décapitalisation, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 119, 120, 121, 353, 461, 481, 541, 546, 548
 décès, 511 et s.
 délai de rétractation, 364
 déséquilibre de pouvoir, 223
 déséquilibre significatif, 131 et s., 160, 214 et s., 227, 231, 240 et s., 245 et s., 252, 257, 259, 262, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274, 279, 327, 336, 340, et s., 358, 362, 374, 378, 395 et s., 435, 443, 540, 553, 559
 déspecialisation, 19, 60, 69, 70, 73, 101, 126, 190, 236, 238, 349, 454, 466 et s., 543, 548, 551, 556
 dimension humaine, 387, 389, 437, 524, 527
 donner congé, 92, 177, 180, 183, 188, 191, 195, 401, 481, 499, 511
 droit au bail, 4, 5, 9, 103, 107, 108, 109, 111, 114, 122, 175, 234, 414, 416, 477
 droit de préemption, 19, 401 et s., 431, 539, 545, 548, 551, 557, 563
 droit de propriété, 4, 26, 95, 97, 113, 118, 205, 206, 385, 402, 477, 558
 droit européen, 9, 215, 414, 529, 542
 durée statutaire, 178

E

économie du contrat, 32, 39, 297, 489
 effets pervers, 206, 309, 479, 486, 521
 efficacité du contrat, 288
 ensemble immobilier, 82, 319 et s.
 équilibre conventionnel, 36, 281, 291, 376, 525 et s.
 équilibre économique, 1, 17, 38, 124, 181, 197, 229, 242, 292, 306, 420, 432, 438, 454, 471, 490
 équilibre fondamental, 29, 30, 32, 36, 37, 39, 46, 91, 94, 172, 264, 281, 525, 526, 528
 équilibre social, 1

équité, 112 et s., 139, 197, 201, 276, 350, 432, 510, 534, 550, 555
 état de dépendance, 161, 226, 228, 229, 231
 état des lieux, 19, 58, 232 et s., 314, 350, 358, 518, 553
 état prévisionnel, 358, 422 et s.
 état récapitulatif, 358, 420 et s.
 Europe, 9, 386
 exception d'inexécution, 439 et s., 497
 exécution forcée, 438, 444 et s., 497, 554
 extension conventionnelle, 15

F

facteurs locaux de commercialité, 124, 199, 203, 456, 457, 474, 489, 543, 546, 558
 finalité sociale des droit, 5
 fixation du loyer renouvelé, 74, 86, 326
 fonds de commerce, 2 et s., 14 et s., 30, 34, 53, 55, 60, 98, 101, 106, 114, 169, 172, 176, 305, 324, 333, 349, 385, 396, 413, 450, 470, 501, 503
 fusion de sociétés, 415

G

garantie solidaire, 339, 417, 418, 551
 grosses réparations, 303, 307, 317, 331, 495

H

héritiers, 19, 512 et s.
 honoraires, 255, 298, 302, 307, 317, 324, 409

I

impôts, 81, 146, 180, 182, 224, 235, 252, 264, 277, 291, 294 et s., 311, 314, 319, 320, 337, 420, 489, 497, 545
 imprévision, 21, 39, 85, 123, 131, 159, 160, 161 et s., 227, 258, 267, 433, 454, 463, 468 et s., 482, 483 et s., 543, 545, 550, 555, 557, 559
 indemnité d'éviction, 6, 280, 381
 indexation, 66, 74, 84, 96, 113, 200, 205, 207, 210 et s., 255, 315, 327, 335 et s., 350, 357, 374, 380, 391, 393, 394, 461, 462, 464, 481, 489, 490, 492, 494, 505, 510, 522, 534, 542, 553, 557
 information du bailleur, 191, 419, 429
 information du preneur, 407, 420

information précontractuelle, 21, 426, 427, 432
intervention du juge, 91, 137, 139, 165, 166, 335, 337, 482, 517, 519, 535
interventionnisme étatique, 35, 92
inventaire, 235, 297, 313 et s., 321, 325, 337, 357, 420, 421

J

jeu de l'offre et de la demande, 114, 118, 120, 198, 206
judiciarisation contractuelle, 158
juge des loyers commerciaux, 80, 88, 123 et s., 301, 302, 475, 550, 556
justice contractuelle, 23, 29, 46, 91, 163, 213, 225, 354

L

lissage, 69, 76, 129, 154, 294, 310, 312, 323, 326, 338, 472, 475, 477, 479, 480, 482, 489, 490, 493, 521, 546, 556, 558
locaux particuliers, 80
loi ALUR, 403
loi dans le temps, 18, 83, 185, 273
loi de ratification, 24, 167, 228, 247, 255, 273, 533, 554
loi LME, 398
loi Macron, 20, 93, 146, 189 et s., 227, 428, 467, 504, 558
loyer binaire, 84 et s., 127 et s., 139, 202, 258, 352, 396, 399, 461, 463, 481, 488, 494, 548, 556, 557

M

mandat, 55
marché, 6, 7, 32, 57, 61, 107, 108, 109, 110, 112, 114 et s., 172, 197, 199, 203 et s., 219, 227, 244, 276, 288, 386, 392, 428, 462, 464, 466, 470, 482, 490, 493, 499, 501, 541, 546, 549, 550
modes alternatifs de règlement des litiges, 140
modification notable, 76, 200, 299, 455 et s., 472 et s., 489
monovalents, 81, 181, 479, 480

N

nationalité, 2, 414 et s.
négociabilité, 244, 247, 255, 261, 271, 272, 362, 378

négociation, 7, 21, 27 et s., 38, 56, 57, 60, 156, 160, 207, 211, 218, 235, 245, 246, 250, 252, 253, 254, 255, 260 et s., 270, 296, 317, 326, 335, 361 et s., 382, 389, 419, 426, 428, 435 et s., 454, 467, 482 et s., 491, 522, 545

O

obligation de délivrance, 70, 135 et s., 218, 232, 236, 274, 308, 326, 330, 369, 371 et s., 393, 442, 450, 522, 524, 542, 552
obligation essentielle, 39, 240, 274, 336, 338, 355, 364 et s., 440, 443, 447, 524, 541, 550, 554
ordre public, 6, 15, 22, 26, 33 et s., 50, 53, 54, 58 et s., 93, 126, 133, 136, 142, 150, 154, 167, 177 et s., 202, 205, 207, 220, 233, 235, 266, 272 et s., 280, 292, 299, 305, 310 et s., 326, 333, 338, 376, 382, 403, 406, 413, 417, 427, 431, 434, 450 et s., 462, 465, 474, 478, 480, 494, 506, 509, 520, 527 et s.
ordre public de direction, 62 et s., 68, 74 et s., 280, 311, 315
ordre public de protection, 62 et s., 72 et s., 186, 310, 315, 556
ordre public virtuel, 528

P

pacte de préférence, 407, 412, 429, 430 et s., 447, 548
partenaire commercial, 231, 346, 391, 396 et s., 542
partie faible, 6, 12, 36, 54, 63, 123, 169 et s., 197, 213, 232, 240 et s., 247, 256, 262, 265, 276, 279, 390, 419, 453, 494, 501, 536
période triennale, 178, 180, 188, 192, 198, 324, 348, 495, 511
personnes handicapées, 305
plafonnement du déplafonnement, 74, 97, 323, 326, 472 et s., 548, 555
preneur décédé, 511, 512
preneur étranger, 413
présomption de délivrance, 233, 236
principe de proportionnalité, 206, 223 et s.
procédure collective, 73, 118, 233, 236, 237, 339, 418, 468, 506
propriété commerciale, 5, 9 et s., 53, 85, 98 et s., 120, 122, 172, 174, 258, 385, 401, 462, 495, 542, 547, 549, 552, 558

propriété immobilière, 5, 9, 14, 95, 97, 99,
102, 111, 113, 449
protection des attentes, 29, 39

R

réciprocité, 27, 335, 347, 349, 352, 353,
380, 418
reconduction, 8, 182, 203
réduction unilatérale, 217 et s.
refus de renouvellement, 132, 156, 176,
191, 195, 367, 496
règles de compétence, 124 et s., 547
régularisation des charges, 420
relation commerciale, 132, 386, 391, 420,
428
résiliation anticipée, 367, 495, 513
résiliation triennale, 277
résiliation triennale, 19, 60, 69, 73, 79, 81,
116, 177, 179, 180 et s., 325, 350, 351
résolution amiable, 140, 142, 146, 148,
486
résolution unilatérale, 218, 513, 514 et s.,
552
restitution des locaux, 234, 235
retraite, 177, 182, 499, 511, 513
révision du loyer, 96, 108, 152, 198, 454,
462, 472, 475, 478, 489
révision triennale, 6, 10, 96, 122, 130, 170,
210, 386, 462, 472, 475, 489, 490

S

scission, 416

solidarisme, 37 et s., 91, 94, 388, 437
solidarité, 18, 388, 512, 536, 539
sous-statuts, 77 et s., 82, 84, 89, 205, 280,
479, 546
standards juridiques, 21, 161, 162, 354,
495, 542, 551
structure du bail, 356, 362
substance, 21, 123, 135 et s., 332, 336,
338, 355, 364 et s., 443, 447, 527, 554,
559
surface exploitée, 179, 320, 321, 456

T

taux d'effort admissible, 115, 463, 464
toiture, 304, 308, 331
transformation, 29, 102, 238, 415, 417,
452, 523, 559

U

unicité du statut, 280, 527
unilatéralisme, 22, 40, 222, 389, 437, 438,
511

V

valeur locative, 74, 81 et s., 197, et s., 216,
220, 223, 239, 299 et s., 311, 318, 323,
377, 392, 455, 460, 462, 465, 473 et s.,
489, 493, 523, 541, 544, 546, 549
vétusté, 304 et s., 337, 548
violence, 159, 161, 226 et s., 240, 264,
276, 541

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE 1 – LES FONDEMENTS LEGAUX DE L'EQUILIBRE DU BAIL COMMERCIAL	45
Titre 1 - L'équilibre du bail commercial par l'encadrement de la liberté contractuelle	49
Chapitre 1 - L'importance de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux	52
SECTION 1 - UNE LIBERTE CONTRACTUELLE, ENCADREE, POUR MAINTENIR UN EQUILIBRE	
FONDAMENTAL	52
<i>Paragraphe 1- La place laissée au consensualisme dans la pratique des baux commerciaux</i>	<i>53</i>
A) Justification de la liberté contractuelle dans le bail commercial	53
B) Cas concrets de liberté contractuelle autorisée dans le bail commercial	58
<i>Paragraphe 2- La place laissée au consensualisme limitée par un ordre public statutaire</i>	<i>61</i>
A) L'ordre public du statut des baux commerciaux	62
1- Un ordre public de protection	62
2- Un ordre public non impératif	64
B) L'ordre public du statut des baux commerciaux, renforcé par la loi Pinel	67
1- La volonté de renforcement du législateur	67
2- Un renforcement mal circonscrit	69
SECTION 2 - UNE EXCLUSION RECURRENTE DU STATUT, CONFORTÉE PAR LA LOI PINEL	72
<i>Paragraphe 1 - L'ordre public de protection du statut des baux commerciaux : un ordre public alternatif</i>	<i>72</i>
A) Des dispositions pour la plupart supplétives	72
B) La renonciation conventionnelle à l'ordre public de protection	74
<i>Paragraphe 2 - L'ordre public de protection du statut des baux commerciaux : un ordre public parcellaire</i>	<i>77</i>
A) L'existence de quasi sous-statuts au sein du statut des baux commerciaux	79
1- La réalité admise et reconnue par la loi de sous-statuts au sein du statut	79
a - « La faculté légale des baux de plus de neuf ans »	79
b- Les baux ou locaux particuliers	80
2- La justification des sous-statuts : équilibre et impératifs économiques	82
B) Un sous-statut en marge du statut : le loyer à bail binaire	84
Chapitre 2 - La mise à l'écart de la liberté contractuelle dans le droit des baux commerciaux	91
SECTION 1 - LA MISE A L'ECART DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE PAR INTERVENTIONNISME ETATIQUE	92
<i>Paragraphe 1 - L'objectif de protection des intérêts respectifs des deux parties</i>	<i>94</i>
A) Un interventionnisme législatif justifié par la protection de deux propriétés différentes	95
1- La prise en compte du droit de propriété immobilière	95
2- La protection d'un droit économique : la propriété commerciale justifiant la protection du locataire	98
B) La remise en question de la propriété commerciale dans le « nouveau » droit des baux commerciaux	104
1- La pertinence de la propriété commerciale dans le droit des baux commerciaux, après la mutation du commerce	104
2- L'ennemi de la propriété commerciale : la « décapitalisation »	107
a- La constatation doctrinale et jurisprudentielle de la « décapitalisation »	107
b- Les nouvelles techniques courantes de remaniement des valeurs : symbole de la permanente adaptation de la pratique aux interdictions	110
<i>Paragraphe 2 - L'équation recherchée par le législateur pour trouver l'équilibre dans la protection des intérêts respectifs des parties</i>	<i>111</i>
A) L'assimilation de l'équilibre à l'équité dans le statut : l'échec historique du législateur	112
1- Une équité assez rapidement abandonnée	113
2- Le retour de l'équité par le recours au principe de bonne foi	115
B) La loi du marché, le jeu de l'offre et la demande : une autre vision de l'équilibre	118
1- L'apparition du marché dans le statut des baux commerciaux : l'avènement d'une réalité économique	119
2- L'éloignement constant entre fixation judiciaire et réalité du marché : la déchéance du marché	120

SECTION 2 - LA MISE A L'ECART DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE PAR IMMIXTION DU JUGE DANS LA LOI DES PARTIES	122
Paragraphe 1 - L'immixtion du juge comme « arbitre » dans le respect des règles statutaires et de procédure	123
A) Dans l'évaluation, notamment, du prix : l'apparente complexité des règles de compétence	124
1- Les règles actuelles de compétence, et la place du juge des loyers	125
2- L'éviction jurisprudentielle du juge des loyers commerciaux	127
B) Les conséquences (négatives) pratiques de la complexité des règles de compétence	128
1- Le juge des loyers, en principe pas un juge mais un arbitre	129
2- Equilibre du bail et juge : réflexion sur les règles de compétence après les dernières réformes	131
Paragraphe 2 - L'immixtion du juge comme troisième partie au contrat de bail commercial	135
A) La place historique et actée du juge dans l'équilibre du droit des baux commerciaux	135
1- La recherche de l'équilibre du bail commercial par le juge : une mission encadrée	135
a- Contrôle du respect de l'obligation de délivrance : recherche de cohérence en dépit de la liberté contractuelle	135
b- Respect absolu de la substance des droits et obligations convenus entre les parties, en dépit du principe de bonne foi	137
2- La mise à l'écart récente du juge dans la pratique des baux commerciaux	139
a- La mise à l'écart du juge par la loi	140
α - La mise en avant de la solution amiable et préalable du différend par la loi	141
β - L'extension des pouvoirs de la commission départementale de conciliation des baux commerciaux par la loi	144
b- La mise à l'écart du juge par les différentes techniques contractuelles : retour de la liberté contractuelle	147
α - La libre mise à l'écart du juge par les parties	147
β - La possibilité de faire appel à d'autres modes de résolution de manière conventionnelle	151
B) La place du juge dans la dernière réforme du droit des contrats : immixtion dans le contenu du contrat	157
1- Le renforcement de la place du juge dans le droit commun des contrats	158
a- Le choix idéologique du législateur : la judiciarisation contractuelle	158
α - De nouveaux mécanismes à la disposition du juge pour rééquilibrer le contrat	158
β - De nouveaux standards juridiques à la disposition du juge dans son appréciation de l'équilibre : accroissement ou réduction de la faculté d'interprétation du juge ?	161
b- L'effet de ces nouveaux principes sur la pratique des baux commerciaux	163
2- Les doutes du législateur face à la nouvelle place du juge dans le droit commun des contrats	164

Titre 2 - L'équilibre du bail commercial par la prise en compte du profil des parties 169

Chapitre 1 - La traditionnelle protection de « la partie faible » dans les baux commerciaux 172

SECTION 1 – LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS SES DROITS 175

Paragraphe 1 - La recherche de stabilité et d'équilibre par la gestion de la durée du contrat de bail commercial 176

A) La nécessaire fermeté dans l'encadrement de la durée du bail commercial 176

1- La durée du bail commercial : une durée statutaire 178

a- Seuil minimal de neuf ans conditionnant l'application du statut 178

b- La pratique du bail « ferme » : source de déséquilibre 179

2- La loi Pinel et le renforcement de la faculté de résiliation triennale 179

a- La suppression de la faculté de déroger à la règle dite du « 3-6-9 » 179

b- Un renforcement relatif, aux effets parfois négatifs pour les parties 181

c- Un renforcement relançant le débat de l'application de la loi Pinel dans le temps 185

B) L'assouplissement des règles relatives au congé : recherche d'un meilleur équilibre financier 187

1- La « notification de congé par LRAR » répondant à la « logique » de diminution des coûts 187

a- Une innovation de la loi Pinel 187

b- Une innovation réaménagée, une première fois, par la « loi Macron » 189

2- Les précisions ultérieures traduisant un certain renoncement du législateur 193

Paragraphe 2- La recherche de stabilité et d'équilibre par l'encadrement de la valeur du loyer 197

A) L'encadrement du loyer par la valeur locative : valeur originelle de référence 198

1- Le rôle fondamental de la valeur locative, au sein du statut des baux commerciaux 198

a- La valeur locative : valeur historiquement favorable au locataire 198

b- La valeur locative, valeur de principe délaissée par le plafonnement du loyer.....	203
2- L'encadrement du loyer par les indices économiques	207
a- Insertion de nouveaux indices par la loi Pinel	208
b- Difficultés d'ordre pratique découlant de la mise en place des nouveaux indices	210
α- Difficultés quant aux activités ne rentrant pas dans le champ des indices.....	210
β- Difficultés quant aux modalités de calcul du plafonnement, basées sur ces nouveaux indices	212
B) L'encadrement du loyer par le nouveau droit des contrats.....	213
1- L'encadrement indirect du loyer par la sanction des clauses abusives.....	214
2- L'adaptation du loyer par la réduction unilatérale du prix.....	217
a- Applicabilité du nouveau mécanisme de la réduction unilatérale aux baux commerciaux.....	217
b- Les précisions et les modifications apportées par la ratification de l'ordonnance en 2018	220
SECTION 2 - LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE RAPPORT DE FORCE ENTRE LES PARTIES	223
Paragraphe 1- La lutte contre le déséquilibre dans une situation de soumission contractuelle	226
A) Consécration de l'état de dépendance comme vice du consentement : lutte contre l'abus de faiblesse	226
B) L'impact prévisible de la consécration de l'état de dépendance sur les baux commerciaux	229
Paragraphe 2 - La lutte contre le déséquilibre dans une situation d'opposition entre les co-contractants	233
A) La fin de la présomption de délivrance en faveur du bailleur	233
1- La mise en place d'un état des lieux obligatoire poursuivant l'objectif de clarification du législateur	233
2- Un état des lieux « semi-obligatoire » : ordre public implicite	235
B- La mise au second plan des droits du bailleur en cas de procédure collective.....	236
1- Anéantissement des clauses restrictives de cession, en procédure collective : nécessaire atteinte à la liberté contractuelle.....	237
2- Obligation de déspecialisation en cas de difficulté : la cession-déspecialisation créée par la loi Pinel.....	238
Chapitre 2 - La nouvelle protection de « l'adhérent », notion compatible avec les baux commerciaux	241
SECTION 1 -LE BAIL COMMERCIAL : UN CONTRAT AFFECTE PAR LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DE DROIT COMMUN	242
Paragraphe 1- La nécessaire qualification de contrat d'adhésion	242
A) La protection de celui qui « adhère » par le législateur.....	242
B) Contrat de gré à gré et contrat d'adhésion : distinction opérée par le législateur.....	245
1- Les contrats d'adhésion dans la réforme de 2016	245
2- Réforme de la réforme de 2016 : disparition du critère du simple « négocié » en faveur du nouveau critère de la « négociabilité »	247
Paragraphe 2 - Le contrat d'adhésion : un costume taillé pour le bail commercial	249
A) Des baux à conditions générales négociées, aux baux standardisés : un bail commercial parfois d'adhésion.....	250
B) Le bail de centre commercial : cas concret d'adhésion survivant indéniablement aux débats parlementaires	257
1- Constatation ancienne d'un bail de centre commercial d'adhésion	258
2- Bail de centre commercial et réforme du droit des contrats	260
SECTION 2 - L'EQUILIBRE FONDAMENTAL DU BAIL COMMERCIAL SOUMIS AU NOUVEAU DROIT DES OBLIGATIONS	264
Paragraphe 1- Le caractère transversal du droit des baux commerciaux	265
A) Les baux commerciaux et le droit des obligations.....	265
B) Déséquilibre(s) significatif(s) et bail commercial : probable absence de choix de l'action du demandeur	268
Paragraphe 2- Réforme du droit des contrats et tentation de l'aménagement contractuel des baux commerciaux	270
A) Aménagement contractuel, dans la qualification du bail commercial, pour écarter le nouveau déséquilibre significatif du code civil	270
B) Aménagement contractuel du bail commercial, par l'exclusion d'articles supplétifs issus du nouveau droit commun.....	273
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	276

Titre 1 – L’encadrement initial de l’équilibre : l’équilibre originaire du bail commercial.. 288

Chapitre 1 - L’encadrement de l’équilibre dans le contenu du bail commercial290

SECTION 1 - LA PREMIERE IMMIXTION DU LEGISLATEUR DANS LE CONTENU MEME DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL..... 291

Paragraphe 1- Une loi dite « en faveur du locataire » : l’annonce de la fin du déséquilibre contractuel en matière de bail commercial..... 293

A) La fin du déséquilibre par d’avantage d’encadrement en matière de charges et impôts 294

1- Les dépenses ne pouvant plus être imputées au locataire 295

2- Incidence de la ré-affectation par la loi des charges exorbitantes sur la valeur locative 299

B) La fin du déséquilibre par une meilleure répartition également en matière de dépenses d’entretien et de travaux 302

1- La recherche ancienne d’équilibre par l’obligation de dispositions précises 303

2- L’impossibilité d’imputer les grosses réparations au preneur, légalement proclamée par le législateur 307

Paragraphe 2- Les conséquences critiquables d’une loi dite « imparfaite » 309

A) L’unique volonté de protection de la partie faible ne permettant pas la mise en place d’une cohérence d’ensemble des textes..... 309

1- L’incohérence par la rédaction parfois « hasardeuse » de la réforme élaborée en 2014 310

2- Une législation dépassée au regard de la jurisprudence chirurgicale de la Cour de cassation en matière de charges et travaux..... 313

a- La nouvelle notion de « catégories de charges » paraissant obsolète 313

b- Réforme assimilable à une simple reprise de la jurisprudence fondée sur l’article 606 317

α- Questions générales relatives aux grosses réparations et travaux d’embellissement..... 317

β- Questions particulières aux ensembles immobiliers..... 319

B) Les nouvelles pratiques abusives issues de la nouvelle législation des baux commerciaux : berceau d’un nouveau déséquilibre contractuel 322

1- Les nouvelles pratiques abusives, source de précarité du commerce 323

2- Les nouvelles pratiques abusives, source d’abus dans la persistance de la relation contractuelle 324

SECTION 2 - LA LUTTE CONTRE LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL.. 328

Paragraphe 1- L’intérêt du nouveau déséquilibre significatif et le rôle du juge de « garant de l’équilibre » 328

A) L’approche historique du juge dans la lutte contre le déséquilibre du bail commercial 329

1- L’interprétation restrictive du juge : « le contrat rien que le contrat » 329

2- L’interprétation « en faveur » du locataire commercial : une jurisprudence conservée ? 330

a- Les anciennes règles profitant déjà à « l’adhérent » dans le bail commercial 330

b- Nouvelles règles proposant l’interprétation, équivalente, en défaveur de « celui qui propose » 332

B) L’avènement du réputé non écrit dans le droit des baux commerciaux..... 333

1- La place du réputé non écrit dans le statut des baux commerciaux 333

2- L’utilisation du nouveau réputé non-écrit statutaire par le juge 337

Paragraphe 2- L’apport de la sanction des clauses abusives dans le rééquilibrage conventionnel du bail commercial 340

A) L’attraction ancienne du droit de la consommation exercée sur le bail commercial 341

B) Le nouveau droit commun des contrats à l’assaut des clauses abusives du bail commercial 342

1- La sanction du déséquilibre significatif par le code civil, sous influence du droit de la consommation..... 342

a- Caractérisation du déséquilibre en fonction des termes de la loi 343

b- Caractérisation du déséquilibre en tirant les leçons de l’expérience du droit de la consommation, et de la jurisprudence commerciale 344

2- La transposition des principes au contrat de bail commercial 347

a- La remise en cause de certaines clauses dans les baux commerciaux 347

b- La remise en cause probable des clauses figurant dans les baux de centres commerciaux 350

Chapitre 2- L’encadrement de l’équilibre par la cohérence du bail commercial354

SECTION 1 - L’IMPORTANCE DE LA COHERENCE DANS LA STRUCTURE DU BAIL COMMERCIAL..... 356

Paragraphe 1- Etude de la composition du bail commercial : un contrat « destructurable »	356
A) Composition d'un bail commercial classique	356
B) Composition d'un bail commercial à conditions générales : structure à sous-parties	358
Paragraphe 2- L'appréciation de l'équilibre structurel du bail commercial à réaliser dans l'intégralité du contrat	360
A) L'hypothétique appréciation de l'équilibre du bail commercial, selon la distinction entre clauses « essentielles » et clauses « secondaires »	360
B) L'obsoleète appréciation de l'équilibre du bail commercial, selon la distinction entre clauses « essentielles » et clauses « secondaires »	362
SECTION 2 - L'IMPORTANT COHERENCE DANS LA SUBSTANCE DU BAIL COMMERCIAL	364
Paragraphe 1- L'obligation essentielle du bail commercial	365
A) L'intégration du droit de la consommation par l'utilisation du terme flou de substance	365
1- L'équilibre du contrat par la recherche de la substance de l'obligation	366
2- La survie de la fonction de cause dans le contrat, par la référence à l'obligation essentielle, et par l'application de l'obligation de délivrance du bailleur	369
B) Sanction des clauses privant de substance l'obligation essentielle	372
Paragraphe 2- Les obligations essentielles dans le bail commercial	374
A) Les « autres » obligations essentielles résultant de la signature du bail commercial	375
B) Ruser avec la condition essentielle dans la rédaction du contrat : solution vouée à l'échec en cas de déséquilibre	377
1- L'impossibilité, au vu de la jurisprudence, de « créer » une obligation essentielle par le jeu de la condition essentielle	377
2- La possibilité d'abuser d'une obligation essentielle : une manœuvre frauduleuse déséquilibrant le bail commercial	381
 Titre 2 – La souplesse conventionnelle : le maintien de l'équilibre du bail commercial ...	385
Chapitre 1- La souplesse par la collaboration des parties : bail commercial et solidarisme contractuel	388
SECTION 1 - LA DIMENSION HUMAINE DU BAIL COMMERCIAL	389
Paragraphe 1- La prise en compte des objectifs communs des parties : une véritable relation commerciale	391
A) L'acceptation du co-contractant comme « partenaire commercial » : qualification philosophique dépourvue d'effets légaux pour le bail commercial	391
1- Le bail commercial : l'union de deux intérêts différents	391
2- Le bail commercial : une relation commerciale, certes, pas un « partenariat commercial »	395
a- Bail commercial et relation commerciale : à nouveau la tentation du droit de la concurrence	395
b- Le refus, court mais clair, de la Cour de cassation : la tentation du droit de la concurrence écartée	398
B) La recherche d'une protection accrue du commerçant dans le maintien, ou la sauvegarde, de son activité, par la loi Pinel	401
1- Le maintien du commerce en dépit du changement de bailleur : le nouveau droit de préemption du preneur, issu de la loi Pinel	401
a- Un nouveau droit du locataire, largement inspiré du régime des baux d'habitation	402
b- La mise en œuvre du droit de préemption, selon des délais très (trop) favorables au locataire	407
c- Les limites au nouveau droit de préemption du locataire	410
2- Le maintien du commerce quelle que soit l'identité ou la qualité du preneur	413
a- Un droit au renouvellement moralisé : celui du locataire étranger	413
b- Le preneur personne morale : la transmission du patrimoine en cas de transformation	415
c- Le changement de preneur, et la garantie solidaire, désormais, moins source de déséquilibre	417
Paragraphe 2 - La communication entre le locataire et le bailleur : la transparence nécessaire à l'équilibre des relations, dans la négociation et l'exécution du bail	419
A) Le souci de transparence du législateur affirmé par les effets légaux d'un arsenal de dispositifs	420
1- Le renforcement de l'information, due au preneur, par la loi Pinel	420
a- La régularisation, obligatoire, des charges réparties par le bail commercial	420
b- L'obligation d'un état prévisionnel et récapitulatif des travaux	422

2- La nouvelle réglementation précontractuelle du code civil, au service des lacunes du statut des baux commerciaux.....	425
a- Une obligation d'information précontractuelle compatible avec les précédents mécanismes issus de la loi Pinel	426
b- Bail commercial et avant-contrat : un autre droit de préférence de droit commun, emportant devoir d'information du locataire	429
B) L'obligation de bonne foi : représentation de la recherche de l'équilibre économique « solidarisé » du bail commercial.....	432
SECTION 2 - L'UNILATERALISME GRANDISSANT DANS LE RAPPORT CONTRACTUEL ET L'EXECUTION DU BAIL COMMERCIAL.....	437
Paragraphe 1- Les nouvelles actions unilatérales offertes au créancier dans l'exécution de son contrat	439
A) L'exception d'inexécution en cas de suspension du bail commercial.....	439
1- Solutions pratiques offertes par l'intégration de l'exception d'inexécution au code civil	439
2- Les situations propres à l'exécution du bail commercial susceptibles d'être concernées	442
B) L'exécution forcée en nature du bail commercial.....	444
1- L'ancien critère de l'urgence pour obtenir le remboursement des travaux par le bailleur	444
2- Le nouveau critère de la bonne foi du créancier, et du caractère « raisonnable » des travaux	445
Paragraphe 2- L'utilisation de nouvelles actions interrogatoires en matière de bail commercial	447
A) La nouvelle possibilité de demander, à l'autre partie, des informations nécessaires à la conclusion ou l'exécution de l'acte	447
B) Intérêt des deux nouvelles actions interrogatoires eu égard à l'imprescriptibilité des actions en matière de bail commercial issue de la loi Pinel de 2014	448
Chapitre 2 - La souplesse par l'évolution du bail commercial	452
SECTION 1 - LA POSSIBILITE DE REMETTRE EN CAUSE LE CONTENU DU CONTRAT EN COURS D'EXECUTION	453
Paragraphe 1- La remise en cause du contenu du contrat et la nécessaire adaptabilité du contrat	454
A) La difficile adaptabilité du loyer en cours d'exécution du bail commercial.....	454
1- L'adaptabilité du loyer par exception légale	454
a- La laborieuse caractérisation du « caractère notable », garant de l'équilibre financier du bail	455
b- L'imperméabilité du statut au droit des biens : l'accession des améliorations différée	459
2- L'adaptabilité du loyer par le jeu de l'indexation, garante de son évolution instantanée	461
a- Les pratiques contractuelles usuelles dérogeant aux règles statutaires	461
b- La souplesse offerte par le taux d'effort admissible : regain d'humanisme et de collaboration dans l'évolution du loyer	463
B) La difficile adaptabilité de l'activité prévue dans le bail commercial par le seul locataire	466
1- La déspecialisation négociée ou autorisée : la souplesse obtenue par le contrat	466
2- La déspecialisation judiciaire, solution de souplesse offerte par le juge au locataire.....	468
Paragraphe 2- La possibilité de remettre en cause le contenu du contrat afin de répondre à une situation d'imprévision	470
A) La toute première gestion de l'imprévision dans le bail commercial par le lissage de l'augmentation du loyer, ou « plafonnement du déplafonnement »	472
1- Une nouvelle protection du locataire en cas d'une augmentation trop brusque de loyer	472
2- Interrogations et problèmes soulevés par cette nouvelle protection.....	474
a- Les difficultés d'ordre pratique soulevées par la nouvelle protection	474
b- Les effets pervers du mécanisme	479
B) La révision pour imprévision consacrée par la réforme du droit des contrats : mécanisme au secours de l'équilibre permanent du bail commercial ?	482
1- Le nouveau mécanisme d'imprévision consacré par le code civil	482
a- La mise en œuvre de ce nouveau mécanisme.....	482
b- L'exclusion de ce nouveau mécanisme par le contrat.....	485
2- Les effets de ce mécanisme sur les baux commerciaux	488
a- Compatibilité du mécanisme avec le statut des baux commerciaux.....	488
b- Les critères définissant l'imprévisible au regard de l'article 1195.....	491
c- Les différents situations d'imprévision envisageables en matière de bail commercial	493
SECTION 2 - LA POSSIBILITE DE METTRE FIN AU CONTRAT, EN CAS D'IMPASSE ECONOMIQUE, JURIDIQUE, OU HUMAINE	498

Paragraphe 1 - La rupture du bail du commercial, par application de la clause résolutoire, initialement insérée par les deux cocontractants	500
A) Une clause favorable au bailleur conditionnée par le respect d'un formalisme rigoureux.....	502
B) La non-automaticité de la clause résolutoire au profit du seul locataire	506
1- La réelle marge d'appréciation du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire	506
2- L'appréciation équilibrée du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire non remise en cause par la dernière réforme du droit des obligations	508
Paragraphe 2 - La rupture du bail commercial par décision unilatérale : nouveau constat d'un unilatéralisme grandissant	511
A) Une résiliation facilitée, par la loi Pinel, pour les ayant-droits du preneur décédé.....	511
B) La résolution unilatérale par notification, créée par la réforme du droit des contrats	513
1- L'apparente compatibilité entre cette nouvelle faculté du code civil et le régime spécial des baux commerciaux	513
2- La mise en application de cette nouvelle possibilité en matière de bail commercial	516
a- Le formalisme préalable à la mise en œuvre de la résolution unilatérale.....	516
b- L'effet de la mise en œuvre de la résolution unilatérale sur la pratique des baux commerciaux	517
 CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	 521
 CONCLUSION FINALE	 525
 BIBLIOGRAPHIE	 533
 INDEX ALPHABETIQUE	 564
 TABLE DES MATIERES	 568

